

UiO • Det juridiske fakultet

Bindende tilsagn etter konkurranseloven

Kandidatnummer: 562

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 17421



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Rettskildebruken.....	3
1.4	Videre fremstilling.....	4
2	BAKGRUNNEN FOR KRRL § 12 TREDJE LEDD	5
3	FORVALTNINGSRETTLIGE UTGANGSPUNKTER.....	6
3.1	Innledning	6
3.2	Forvaltningslovens virkeområde	7
3.3	Forvaltningens utredningsplikt	8
3.4	Hvilken betydning får de alminnelige forvaltningsrettslige regler for tolkningen av § 12 tredje ledd?.....	9
3.5	Nærmere om uformelle forlik. Har tilsynet kompetanse til å inngå slike forlik?.....	11
4	BEHOVET FOR EN TILSAGNSBESTEMMELSE.....	15
4.1	Innledning	15
4.2	Svakheter ved uformelle forlik	15
4.2.1	Utfordringer ved tolkning av avtalen	15
4.2.2	Fare for forskjellbehandling	16
4.2.3	Usikkerhet rundt forlikets form: «Avtale», «vedtak» eller «fritt skjønn»?..	16
4.2.4	Hvilke rettsvirkninger får uformelle forlik?.....	17
4.2.5	Manglende sanksjonsmuligheter ved brudd på foretakenes tilsagn	19
4.2.6	Konklusjon	20
4.3	Begrensninger i § 12 første ledd.....	21
4.3.1	Ressursbruk	21

4.3.2	Saksbehandlingen.....	22
4.3.3	Kompetanse – hva påleggene kan gå ut på. Forholdsmessighetskravet.....	23
4.3.3.1	«Cease and desist orders», atferdsregulerende tiltak og strukturelle tiltak.	23
4.3.3.2	Krav til forholdsmessighet.....	25
4.3.4	Konklusjon	30
4.4	Tilsagnsbestemmelsen	30
4.4.1	Et effektivt alternativ som avklarer rettsvirkninger og sanksjoner ved tilsagnsbrudd	30
4.4.2	Fordeler for både konkurransemyndighetene og foretakene.....	31
4.4.3	Bekymringer forutfor vedtakelsen av krrl § 12 tredje ledd.....	33
4.4.4	Eksempler på tilsagnsvedtak i EU.....	34
5	KOMPETANSE OG SKRANKER.....	36
5.1	Kompetanse til å vedta bindende tilsagn	36
5.1.1	Foretaket tilbyr avhjelpende tiltak	36
5.1.2	Sak som kan ende med vedtak etter § 12 første ledd	37
5.2	Krav til tilsagnsvedtakets innhold	37
5.2.1	Generelt	37
5.2.2	Nærmere om proporsjonalitetsprinsippet.....	39
5.2.2.1	Skiller proporsjonalitetskravet ved tilsagnsvedtak seg fra det ved opphørsvedtak?	39
5.2.2.2	Hva ligger i proporsjonalitetskravet for krrl § 12 tredje ledd, og hvordan forholder dette seg til det tilsvarende kravet i EU-retten og krrl § 12 første ledd?.....	42
5.2.2.3	En videre adgang til å gjøre strukturelle tiltak bindende	44
6	PROSESS	46
6.1	Proseduren i forlikssaker	46
6.1.1	Hvordan ivaretas forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler i krrl § 12 tredje ledd?	46

6.1.2	Gangen i forlikssaker, med en løpende sammenligning med gangen i prosessen for «commitment decisions» i EU/EØS-retten	49
6.2	Klageadgang	54
6.3	Omgjøring.....	58
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	59
8	LITTERATURLISTE	60
9	SAKSREGISTER	63

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er bestemmelsen om bindende tilsagn¹ i konkurranseloven² (krll) § 12 tredje ledd, som ble inntatt i krll etter lovendringene som trådte i kraft 1. januar 2014. Bestemmelsen bygger på artikkel 9 i henholdsvis rådsforordning 1/2003³ og ODA protokoll 4 kapittel II⁴. Bestemmelsen gir Konkurransetilsynet (tilsynet) hjemmel til å avslutte en sak hvor foretak etterforskes for mulige brudd på de materielle konkurransereglene.⁵ Sakens avslutning innebærer at tilsagn foreslått av foretakene gjøres rettslig bindende ved tilsagnsvedtak, som kan treffes uten at det er konstatert at det foreligger noen bevist overtredelse av de materielle forbudsreglene. Avhandlingen tar sikte på å finne ut hvorvidt det er behov for tilsagnsbestemmelsen, og hva som kan oppnås ved å benytte seg av tilsagnsvedtak fremfor opphørsvedtak.⁶ Ettersom krll § 12 tredje ledd bygger på forordning 1/2003 artikkel 9, vil det også undersøkes om den norske tilsagnsbestemmelsen skiller seg fra den EU-rettslige.

¹ Krll § 12 tredje ledd.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12.

³ Forordningen om gjennomføring av Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV, C 115/47, versjon av 9. mai 2008 art. 101 og 102) av 16. desember 2002.

⁴ Protokoll 4 til Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) av 2. mai 1992.

⁵ Med de materielle konkurransereglene menes i denne sammenheng krll § 10, som forbyr konkurransehemmende samarbeid mellom foretak eller sammenslutninger av foretak, § 11, forbudet mot utilbørlig misbruk av markedsdominans og forskrift gitt i medhold av § 14.

⁶ Med opphørsvedtak menes påleggskompetansen som fremgår av krll § 12 første ledd.

Krrl § 12 tredje ledd bestemmer at:

«Dersom foretaket tilbyr avhjelpende tiltak i en sak som kan ende med et vedtak etter § 12 første ledd, kan Konkurransetilsynet avslutte saken ved et vedtak som gjør tiltakene bindende for foretaket. Vedtak etter første punktum kan fattes før Konkurransetilsynet har gjort en fullstendig vurdering av om inngrepsvilkåret i første ledd er oppfylt. Konkurransetilsynet skal i vedtaket gi en vurdering av foretakets atferd. Videre skal det vurderes om og begrunnes hvorfor de tilbudte tiltakene er egnet til og nødvendige for å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd eller § 29 dersom tiltakene gjennomføres. Konkurransetilsynet kan etter forslag fra foretakene oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første punktum. Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om forvalters stilling. Ved klage over vedtak etter dette ledd kan departementet oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.»

Tilsynet har også alternative måter å avslutte saker på. Blant annet kan tilsynet etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper inngå avtale om forhåndstilsagn med parten, og dermed inngå et såkalt «uformelt forlik». Terminologien «uformelle forlik» er hentet fra «informal settlements» i EU-retten.⁷ Heller ikke dette krever konstatert overtredelse. Dersom tilsynet imidlertid allerede har funnet det sannsynlig at foretaket har brutt de materielle reglene, har det mulighet til blant annet å treffe opphørsvedtak jf. krrl § 12 første ledd. Dette innebærer at det overtredende foretak ved vedtak pålegges å stanse den overtredende atferden og eventuelt ilegges et overtredelsesgebyr med hjemmel i krrl § 29. Uformelle forlik og pålegg om opphør er forholdsvis etablerte kompetansegrunnlag for tilsynet. Når tilsagnsvedtak etter krrl § 12 tredje ledd er temaet for oppgaven, vil jeg, ettersom bestem-

⁷ Hjelmeng (2011) s. 73.

melsen er ny i krrl, se hen til alternativene for dette vedtaket som en del av bestemmelsens begrunnelse. Jeg vil derfor undersøke om og eventuelt hvilke iboende begrensninger opphørsvedtak og uformelle forlik har, mens overtredelsesgebyr for dette formål anses å falle utenfor.

1.2 Avgrensninger

Av plasshensyn vil jeg ikke gå inn på vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr ved tilsagnsbrudd, selv om det vil være nødvendig å si noe om adgangen i seg selv. Av samme grunn avgrenses det også mot en vurdering av når tilsynet kan omgjøre tilsagnsvedtaket.

Når det undersøkes om og eventuelt hvilke svakheter som følger med uformelle forlik, vil den alminnelige vilkårlæren i ulovfestet forvaltningsrett anses å falle utenfor avhandlingen. I alminnelig forvaltningsrett behandles myndighetenes forhåndstilsagn og adgangen til å sette vilkår til forvaltningsavgjørelser parallelt. I motsetning til forhåndstilsagn fra myndighetene vil ikke den forvaltningsrettslige vilkårlæren passe like godt for den uformelle avslutningen av konkurransesaker som tilsynet foretar, ettersom vilkårlæren forutsetter at det settes vilkår til en mer formell avgjørelse fra myndighetene.⁸

I avhandlingen kunne det vært interessant å se hen til en løsning som løper parallelt ved tilsagnsvedtak, nemlig godkjenning av fusjoner på nærmere presiserte vilkår.⁹ Av plasshensyn må det imidlertid også avgrenses mot dette.

1.3 Rettskildebruken

Viktige rettskilder for avhandlingen er krrl, dets forarbeider, forvaltningsloven¹⁰ (fvl) og relevant juridisk litteratur. Ettersom bestemmelsen er ny i krrl, vil omfanget av tilgjengelig rettspraksis og forvaltningspraksis være beskjedent eller ikke-eksisterende. Da tilsagnsbestemmelsen enkelte steder sammenlignes med den lignende regelen i EU-retten, vil også

⁸ Se Eckhoff (2006) s. 391 flg.

⁹ Jf. krrl § 16 første og annet ledd.

¹⁰ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.

EU-rettslige rettskilder være relevante i denne sammenheng. Mens tilsagnsbestemmelsen er fersk og praksisen av den dermed er begrenset, kan lovteksten og forarbeidene være spesielt tungtveiende rettskilder.¹¹

Avhandlingen fokuserer på tilsagnsvedtak i norsk rett. Når krrl § 12 tredje ledd bygger på forordning 1/2003 artikkel 9, vil det også være relevant å se hen til rettskilder innenfor EU/EØS i forbindelse med tolkningen av krrl § 12 tredje ledd. Det finnes forskjeller mellom artikkel 9 og § 12 tredje ledd, og ikke alle aspekter ved bestemmelsen er harmonisert. Derfor vil EU-rettslig praksis og forståelse av artikkel 9 anvendes med forsiktighet ved at jeg vil være tilbakeholden med å automatisk legge EU-rettslige løsninger til grunn.

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen vil under kapittel 2 berøre bakgrunnen for krrl § 12 tredje ledd. Forvaltningsrettslige regler utgjør bakteppet for tilsynets avgjørelsesprosesser, herunder også tilsagnsprosessen. Derfor vil det være nødvendig å behandle relevante utgangspunkter i forvaltningsretten, som gjøres i et eget kapittel 3.

Det neste hovedpunktet behandler behovet for en tilsagnsbestemmelse. Her vil tilsagnsbestemmelsen presenteres nærmere. Hensynene for og imot som drøftet i forarbeidene vil også berøres. For å kunne danne et bilde av behovet for vedtakelse av tilsagnsbestemmelsen, vil jeg se hen til hvilke begrensninger kompetansen til å treffe opphørsvedtak etter krrl § 12 første ledd kan ha. Kompetansen til å fatte opphørsvedtak vil også være relevant i sammenligningen med tilsagnsvedtak i forhold til hva myndighetene kan oppnå ved de to vedtakstypene. I kapittel 4 vil det også vurderes hvilke eventuelle svakheter uformelle forlik måtte ha.

¹¹ Jf. Eckhoff (2001) s. 78-79 for forarbeiders vedkommende. Eckhoff antar her at det er grunn til å tro at forarbeidene har sterk innflytelse på forvaltningspraksis. Han viser også til at domstolene ganske ofte viser til rettskildefaktoren i sine argumentasjoner. Videre antar han at forarbeidene særlig kan være utslagsgivende når man savner andre holdepunkter.

Når fokuset for avhandlingen er krrl § 12 tredje ledd, må det vurderes hvilke skranker som ligger for adgangen til å treffe tilsagnsvedtak, jf. kapittel 5. Her vil særlig proporsjonalitetsprinsippet drøftes og sammenlignes med det tilsvarende prinsipp i EU-retten og for opphørsvedtak. Før det kort gis noen avsluttende bemerkninger i kapittel 7 er det også nødvendig å se nærmere på tilsagnsprosessen, jf. kapittel 6.

2 Bakgrunnen for krrl § 12 tredje ledd

Siden vedtakelsen av rådsforordning 1/2003 artikkel 9 har det gradvis blitt en økende bruk av tilsagn innenfor EU.¹² Ved en sammenligning av hyppigheten av bruken av artikkel 9 og frekvensen av opphørsvedtak som ensidig fattes av Europakommisjonen (Kommisjonen) med hjemmel i artikkel 7, ser man at anvendelse av artikkel 9 særlig siden 2009 har gått på bekostning av anvendelsen av artikkel 7.¹³ Tilsagnsbestemmelsen har altså de siste årene fått stadig større aktualitet innenfor EU-området.

Ved utarbeidelsen av krrl av 2004 ble det aldri drøftet et eventuelt behov for en bestemmelse om bindende tilsagn. Det finnes likevel eksempler på at tilsynet med hjemmel i alminnelige forvaltningsrettslige regler uformelt har avsluttet saker hvor de berørte foretak forpliktet seg til visse atferdsendringer. Et klassisk eksempel er ACNielsen-saken.¹⁴ Gjennom ukentlig rapportering delte ACNielsen prisinformasjon med ulike dagligvarekjeder. Da tilsynet orienterte om at dette var et mulig brudd på krrl § 10, som forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak, tilbød ACNielsen å foreta visse atferdsendringer. Endringene bestod blant annet i at rapporteringsfrekvensen skulle reduseres fra ukentlig til hver fjerde uke. I tillegg skulle det ikke lenger rapporteres om prisen til hver enkelt dagligvarekjede, men i stedet én pris for dagligvarekjedene samlet sett. Tilsynet godtok tilsagne-

¹² Jf. Europakommisjonen (2014) s. 3 punkt 3.

¹³ Se liggende stolpediagram, l.c.

¹⁴ Konkurransetilsynet (2007).

ne, og avsluttet dermed saken. ACNielsen-saken er det klareste eksempelet vi har på såkalte «uformelle forlik» i norsk konkurranserett.

Den nye krrl § 12 tredje ledd lovfester adgangen til å avslutte saken mot at foretakene skal etterleve de tilbudte tilsagnene. Når det er foretakene selv som må tilby de avhjelpende tiltakene, er vedtak etter krrl § 12 tredje ledd altså ikke et resultat av en ensidig disposisjon fra tilsynet, men av en forhandlingsprosess mellom tilsynet og foretaket. Etter krrl § 12 tredje ledd femte punktum skal tilsynet fastslå i vedtaket at det verken vil gå videre med saken etter bestemmelsens første ledd om opphørsvedtak eller etter krrl § 29 om overtredelsesgebyr dersom tiltakene etterleves. Imidlertid innebærer ikke tilsagnsvedtaket at tilsynet har godtatt en eventuell overtredelse, eller en konstatering av at det aldri forelå noen overtredelse. Det tas ikke stilling til lovligheten av foretakets atferd, fordi foretaket frivillig har gått med på å utføre nærmere bestemte tiltak.

3 Forvaltningsrettslige utgangspunkter

3.1 Innledning

Forvaltningsretten oppstiller regler som blant annet skal sikre partene rettssikkerhet. Dersom en avgjørelse rammes av de forvaltningsrettslige regler stilles det krav til saksbehandlingen som skal sikre at det foretas materielt riktige avgjørelser. Det må derfor undersøkes om og hvorvidt disse reglene kommer til anvendelse når det treffes et tilsagnsvedtak. Herunder må forvaltningslovens virkeområde fastslås og vurderes konkret opp mot tilsagnsvedtak. Dette er temaet for 3.2. Deretter blir det nødvendig å se nærmere på det som kanskje er den saksbehandlingsregelen som kan tenkes å være mest i konflikt med tilsagnshjemmelen, nemlig utredningskravet, jf. punkt 3.3. Her vil det kun undersøkes hva utredningskravet innebærer. Hvordan utredningskravet mer konkret behandles i tilsagnsprosedyren vil drøftes senere i avhandlingen under punkt 6.1 om forlikprosessen. Imidlertid vil det allerede her være nødvendig å gjøre rede for om de forvaltningsrettslige saksbehandlingsreglene i det hele tatt får en betydning når det treffes tilsagnsvedtak, ettersom svaret her er avgjøren-

de for relevansen av senere å drøfte hvordan reglene ivaretas i tilsagnsproessen. Dette er temaet for punkt 3.4.

Til slutt vil jeg i 3.5 vurdere hvorvidt konkurransemyndighetene har adgang til å inngå uformelle forlik. Reglene som oppstiller dette kompetansegrunnlaget finnes i den alminnelige forvaltningsretten. Dersom det klart kan konstateres at myndighetene har adgang til å inngå uformelle forlik med foretakene i en konkurransesak, kan dette gjøre den nye tilsagnshjemmelen overflødig. Alternativt kan det foreligge svakheter ved uformelle forlik som nettopp nødvendiggjør, eller i hvert fall skaper et behov for, en lovfestet adgang til å gjøre tilsagnene bindende ved vedtak.

3.2 Forvaltningslovens virkeområde

For tilsagnsvedtak kommer de generelle saksbehandlingsreglene i fvl til anvendelse, jf. fvl § 1 om at loven gjelder for forvaltningsorganers virksomhet.¹⁵ Bortsett fra habilitetsreglene i fvl § 6 og § 11 om forvaltningsorganers alminnelige veiledningsplikt, er imidlertid flere saksbehandlingsregler knyttet opp mot «enkeltvedtak».¹⁶ Etter fvl § 2 første ledd b) er et «enkeltvedtak» et vedtak som knytter seg til en eller flere bestemte personer. Et «vedtak» forstås på sin side som en avgjørelse som treffes under utøvelse av offentlig myndighet og som er bestemmende for enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter.¹⁷ Hvorvidt reglene om forhåndsvarsling og saksutredning kommer til anvendelse for tilsagnsvedtak er altså avhengig av at avgjørelsene anses som «enkeltvedtak». Det må derfor undersøkes om denne avgjørelsestypen er å regne som «enkeltvedtak».

Selv om tilsagnsvedtaket er kommet i stand etter en forhandlingsprosess mellom tilsynet og foretaket, vil det som regel være truffet under utøvelse av «offentlig myndighet». Det er tilsynet som offentlig myndighetsorgan som har kompetanse til å gjøre tilsagnene bindende

¹⁵ Jf. også Bernt (1981) s. 30 og Frihagen (1977) s. 54 om at forvaltningens avtaler med private går inn under fvl § 1.

¹⁶ Fvl § 3.

¹⁷ Fvl § 2 første ledd a).

ved vedtak. Tiltakene som fremgår av vedtaket vil ligge nært opp til det tilsynet ensidig kan påby etter krrl § 12 første ledd. I tillegg vil det som oppnås ved tilsagnsvedtaket komme forbrukere og konkurrentene i markedet til gode. Dessuten følger det av bestemmelsen selv at avgjørelsesformen er «vedtak». Tilsagnsvedtakene vil også være «bestemmende for rettigheter eller plikter» for foretaket. Foretaket forplikter seg til å gjennomføre de avtalte tiltakene mot at tilsynet avslutter saken. I tillegg forutsettes det i forarbeidene at bestemmelsene i fvl som knytter seg til «enkeltvedtak» får anvendelse.¹⁸

Etter dette må det være på det rene at tilsagnsvedtak i medhold av krrl § 12 tredje ledd er et «enkeltvedtak». I utgangspunktet kommer derfor saksbehandlingsreglene til anvendelse når tilsynet skal treffe et tilsagnsvedtak. Imidlertid kan det hende det er unødvendig å supplere tilsagnsprosedyren med alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler, dersom tilsagnshjemmelen forsikrer tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier. Dette vil drøftes etter at det er sett nærmere på det forvaltningsrettslige kravet til utredning.

3.3 Forvaltningens utredningsplikt

Som nevnt er det forvaltningsrettslige utredningskravet den saksbehandlingsregelen som kanskje er mest i konflikt med tilsagnshjemmelen. Grunnen til dette er at krrl § 12 tredje ledd gir hjemmel til å treffe et enkeltvedtak som berører foretakene selv om det ikke er sannsynliggjort at det foreligger noen overtredelse av de materielle reglene. Dette innebærer at en tilsagnssak i de fleste tilfeller neppe vil være ferdig utredet. Det er derfor nødvendig å se nærmere på hva dette kravet innebærer for å senere kunne komme tilbake til hvordan kravet ivaretas i forliksprosedyren.

Fvl § 17 bestemmer at forvaltningsorganet skal sørge for at saken skal være «*så godt opplyst som mulig*» før vedtak treffes. Det er altså forvaltningen som har ansvaret for sakens utredning. Forvaltningsorganet er forpliktet til å ta initiativ til å veilede parten om hvilke

¹⁸ Se NOU 2012:7 s. 35 i tilknytning til fvl § 17.

opplysninger som må legges frem, samt selv foreta undersøkelser.¹⁹ I vilkåret «så godt opplyst som mulig» ligger at forvaltningsorganer har en generell plikt til å utrede saken så langt forsvarlig bruk av ressursene tillater det.²⁰ Bestemmelsen må dermed tolkes innskrenkende og kan ikke forstås slik at forvaltningsorganet er forpliktet til å foreta alle mulige slags undersøkelser. Vilkåret er skjønnspreget, og kravet til utredningsomfanget vil variere mellom de ulike konkrete saker og saksområder. Ifølge Eckhoff²¹ beror utredningens grundighet på en avveining hvor hensynet til forsvarlighet veies opp mot tidsmomentet og økonomiske hensyn. Graver²² uttrykker utredningspliktens rekkevidde som en avveining av sakens viktighet og kompleksitet. At vedtaket blir svært inngripende for partene, tilsier en grundigere utredning. Også offentlige hensyn spiller inn i vurderingen. Dersom saken har stor betydning for politiske målsetninger, kan dette stille høyere krav til behandlingen.

Rettsvirkningen av at en sak ikke tilfredsstiller lovens krav til utredning, er mulig ugyldighet, se fvl § 41.

3.4 Hvilken betydning får de alminnelige forvaltningsrettslige regler for tolkningen av § 12 tredje ledd?

Selv om bindende tilsagn har blitt lovfestet i krrl, kan forvaltningsrettslige regler fremdeles supplere bestemmelsen. Imidlertid kan det hende bestemmelsen har egne og tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier, slik at supplerings blir overflødig. Det må derfor drøftes hvilken betydning de alminnelige forvaltningsrettslige regler har for tolkningen av den nå lovbestemte tilsagnshjemmelen i § 12 tredje ledd.

Prosedyren under tilsagnsvedtak vil redegjøres for under punkt 6.1. Her skal bare nevnes at det etter krrl § 12 tredje ledd tredje og fjerde punktum stilles krav til at tilsynet foretar en vurdering av både foretakets atferd og tilsagnenes proporsjonalitet. Ut over dette stilles

¹⁹ Eckhoff (2006) s. 250.

²⁰ Se for eksempel Innst.O.nr.2 (1966-1967) s. 8.

²¹ Eckhoff (2006) s. 250.

²² Graver (2007) s. 471.

ingen uttrykkelige krav til behandlingsmåten under § 12 tredje ledd. Ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper og fvl innehar langt flere garantier for å sikre rett behandlingsmåte ved forvaltningsavgjørelser. I tillegg til det alminnelige utredningskravet i fvl § 17, stilles det blant annet i § 11 krav til veiledning, i § 16 krav til forhåndsvarsling, og §§ 18 følgende regulerer partens rett til innsyn i sakens dokumenter. Etter dette bør forvaltningsrettslige regler kunne anses relevante som supplerende ved anvendelsen av krrl § 12 tredje ledd.

Et moment som kan tale i motsatt retning, er at det ligger særlige effektivitetshensyn bak tilsagnsregelen.²³ For at anvendelsen av bestemmelsen skal foregå på en effektiv måte, altså at de konkurranserettslige målene nås ved en mest mulig effektiv ressursbruk, bør saksbehandlingsreglenes supplerende begrenses mest mulig. Når et av formålene bak vedtaket av § 12 tredje ledd er økt effektivitet i den konkurranserettslige forvaltningen, kan det argumenteres med at tilsagnsprosessen ikke i like stor grad bør være preget av saksbehandlingsreglene som når det fattes opphørsvedtak.

I tillegg er det foretakene selv som har tilbudt de bindende tilsagnene, og dermed tatt initiativ til både vedtakets innhold og tilsagnssakens fremgang. Når foretakene har såpass stor innflytelse på det endelige vedtak, kan dette trekke i retning av at rettssikkerhetsprinsippet ikke har like stort nedslagsfelt her som når forvaltningen treffer ensidige disposisjoner, og at de forvaltningsrettslige saksbehandlingsreglene dermed får mindre betydning.

På en annen side vil tilsynet som regel ha overtaket i forhandlingsprosessen, da alternativet til tilsagnsvedtaket vil være en fortsettelse av etterforskningen av en mulig overtredelse med de sanksjonsmuligheter som eventuelt følger. Som den svakere part bør derfor foretakene være sikret en forsvarlig behandling av saken, hvilket kan innebære supplerende av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

²³ Jf. Prop.75 L (2012-2013) s. 27 om at et av formålene bak krrl § 12 tredje ledd er å effektivisere håndhevingen av de materielle reglene. I tillegg fremgår at målet med ordningen blant annet er å forenkle og forkorte saksbehandlingen, hvilket er ressursbesparende.

Det må være på det rene at forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler gjelder også ved tilsagnsvedtak. Begrunnet i partens medvirkning til vedtaksprosedyrens igangsettelse og resultatets innhold, samt de særlige effektivitetshensynene som ligger bak bestemmelsen, vil nok saksbehandlingsreglene for tilsagnsvedtak ivaretas på en annen måte enn under prosessen for opphørsvedtak og ileggelse av overtredelsesgebyr. Hvordan saksbehandlingsreglene ivaretas innenfor rekkevidden av § 12 tredje ledd vil redegjøres for under punkt 6.1 om prosessen ved tilsagnsvedtak.

3.5 Nærmere om uformelle forlik. Har tilsynet kompetanse til å inngå slike forlik?

Når tilsynet gjør tilsagn bindende ved vedtak, har det vært i dialog med foretakene, og deretter kommet til en form for avtale med partene. Måten saken avsluttes på ligger altså tett opp til adgangen til å inngå uformelle forlik. Når lovutvalget og departementet likevel finner det nødvendig å fremlegge forslag til en lovbestemt adgang til å inngå bindende tilsagn, er det interessant å se nærmere på adgangen til å inngå uformelle forlik, samt hvilke svakheter som eventuelt ligger bak kompetansen. Før det kan sies noe om konkurransemyndighetenes adgang til å inngå uformelle forlik, bør det, så langt det er mulig, slås fast hva en slik avslutning av konkurranse saker innebærer.

I likhet med tilsagnsvedtak vil uformelle forlik innebære at tilsynet avslutter saken mot at foretaket forplikter seg til å etterleve nærmere bestemte tiltak. Dessuten har forlikene til felles med tilsagnsvedtak at tiltakene vil komme i stand ved en forhandlingsprosess mellom foretaket og konkurransemyndighetene. Imidlertid mangler uformelle forlik det formelle aspektet som tilsagnsvedtakene har. På denne bakgrunn kan det være usikkert hvilke rettsvirkninger et uformelt forlik får.²⁴ Hensynene bak uformelle forlik vil i likhet med tilsagnsvedtak som regel være samfunnsrettede, ved at forliket skal eliminere, eller i hvert fall lempe på, et konkurranseproblem. I tillegg dreier det seg om en avgjørelsestype som er

²⁴ Jf. NOU 2012:7 s. 34. Dette vil også drøftes under avhandlingens punkt 4.2.4.

særpreget for det offentlige, ettersom de avhjelpende tiltakene som fremgår av forliket vil ligge tett opp til det som tilsynet ensidig kunne vedtatt etter krrl § 12 første ledd.

Det kan vanskelig sies noe generelt om hva uformelle forlik innholdsmessig kan gå ut på. Innholdet vil kunne ha stor variasjonsvidde, og avhenger av de aktuelle konkurransekymringene tilsynet har uttrykket overfor foretaket. Imidlertid kan krrl legge føringer på hva slags tiltak det er hensiktsmessig å godta. Derfor vil tiltakene kunne gå ut på det samme som i tilsagns- og opphørsvedtak. Hva tiltakene kan innebære, er redegjort for under 4.3.3.1.

Forarbeidene forutsetter en prinsipiell adgang til å inngå forhåndstilsagn med foretakene, med de begrensninger som følger av alminnelig forvaltningsrett.²⁵ Det må derfor ses hen til rammene rundt adgangen til å inngå uformelle forlik, hvilket oppstilles i den ulovfestede alminnelige forvaltningsretten og kommer særlig til uttrykk i litteraturen.

Avtalekompetanse er etter alminnelige forvaltningsrettslige regler ett av flere hjemmelsgrunnlag forvaltningsorganer kan basere sine avgjørelser på.²⁶ Forvaltningen har lang praksis for å inngå avtaler med private parter, enten i kraft av sin eierrådighet eller en offentlig-rettlig avtalekompetanse som ledd i offentlig myndighetsutøvelse. Da det er sistnevnte som er relevant for uformelle forlik, er det dette kompetansegrunnlaget som er tema for innværende avsnitt. Det finnes visse begrensninger i forvaltningens adgang til å binde offentlig myndighet, og begrensningene kan variere mellom de ulike forvaltningsområder. Hvorvidt forvaltningsorganene har adgang til å binde offentlig forvaltningsmyndighet, og hvilke begrensninger som her foreligger, er et spørsmål som har vært mye diskutert i teorien.²⁷

²⁵ Jf. NOU 2003:12 punkt 4.6.1 i.f. og NOU 2012:7 s. 33.

²⁶ Se Graver (2007) s. 229 flg. og Eckhoff (2006) s. 400 flg.

²⁷ Se for eksempel Eckhoff (2006) s. 403 flg., Graver (2007) s. 240 flg. og Bernt (1981).

Eckhoff²⁸ antar at hovedsynspunktet er at jo mer vidtgående bindingen er, og jo vanskeligere det er å forutsi konsekvensene av den, desto mindre grunn er det til å godta den. Videre påpekes det at det ut fra dette vurderingsgrunnlaget som regel vil være mer betenkelig at myndighetene binder seg til å avstå fra å bruke sin kompetanse i fremtiden, enn at de binder seg til positivt å treffe et eller annet vedtak. Ifølge Graver²⁹ må adgangen til å binde fremtidig myndighetsutøvelse ved avtaler med private bero blant annet på forvaltningsorganets tilsagn i den aktuelle saken, og hvilke forventninger den private får fra tilsagnene. Det legges altså opp til en mer konkret vurdering av det enkelte tilsagn, for å kunne bedømme hvorvidt forvaltningen har bundet fremtidig myndighetsutøvelse. Bernt³⁰ konkluderer med at forvaltningsorganer må ha særskilt hjemmel til å forhåndsbinde sin avgjørelsesmyndighet. Førstvoterende dommer i Rt. 1992 s. 1235 *Lofoten Trålerederi* uttaler på side 1240 i et *obiter dictum* at adgangen trolig vil stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Ved uformelle forlik vil tilsynet ha mulighet til å oppnå konkurransefremmende tiltak fra foretakene. Dette vil kunne bringe med seg fordeler for både forbrukere og konkurrenter. Avtaler som styrker konkurransen på markeder, i bytte mot forhåndsbinding av tilsynets myndighet, vil nok dermed være en avtaletype som ofte lett kan godtas. Videre uttales på samme side i dommen at

«Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis».

Formålet med konkurranseloven er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser.³¹ Uformelle forlik kan som regel anses som et effektivt verktøy i kampen mot konkurransebegrensende atferd, og vil også kunne benyttes til å positivt fremme konkurransen på markedet. Uformelle forlik kan dermed ofte anses som nødvendig eller ønskelig for å fremme konkurranselovens formål, slik at tilsynet på dette området kan binde sin forvaltningsmyndighet i avtaler med foretakene.

Det er imidlertid på det rene at adgangen til å bruke offentlig myndighet som byttemiddel overfor private ikke er ubegrenset, og at det er uklart hvor grensene går.³² Hvorvidt ordningen medfører rettslige forpliktelser beror på en tolkning av tilsagnene i det konkrete

²⁸ Eckhoff (2006) s. 408.

²⁹ Graver (2007) s. 242.

³⁰ Bernt (1981) s. 320.

³¹ Jf. Krrl § 1.

³² Se Eckhoff (2006) s. 400.

tilfellet. For eksempel kan ikke forvaltningen oppnå fordeler som anses «usaklige» eller «sterkt urimelige».³³ Herunder må det ses hen til hvor inngripende forliket er for foretaket. Når uformelle forlik baseres på tilsagn tilbudt av foretaket selv, vil nok tilsynet sjelden oppnå fordeler som kan kalles «usaklige». Det kan imidlertid tenkes at et foretak føler seg presset til å inngå et forlik, og herunder forplikter seg til mer enn konkurranseproblemet tilsier. Det skal nok en del til for at tilsagnene anses som «sterkt urimelige». Dersom forvaltningsorganet likevel regnes for å ha gått utenfor sin kompetanse, blir det neste spørsmålet hvilke virkninger dette får.³⁴

Kompetansen kan forankres i krrl § 12 første ledd, men ikke uttrykkelig.³⁵ Tilsynet har en viss skjønnsfrihet i valget om å benytte kompetansen til å treffe opphørsvedtak eller ikke. Uformelle forlik vil altså innebære at tilsynet unnlater å vedta påbud om opphør etter krrl § 12 første ledd, og kan derfor anses som utslag av den frihet det har til å prioritere eller nedprioritere konkrete saker. At tilsynet bare unnlater å benytte sin kompetanse etter § 12 første ledd, i bytte mot at foretaket avbøter på de konkurransemessige bekymringene tilsynet har, bør dermed anses som uproblematisk.

Av forarbeidene³⁶ fremgår det dessuten at det må være hevet over tvil at konkurransemyndighetene har adgang til å løse saker på denne måten. Dersom de oppstilte forvaltningsrettslige begrensningene ovenfor ikke kommer til anvendelse, må det altså anses klart at tilsynet har adgang til å inngå uformelle forlik.

³³ Jf. Eckhoff (2006) s. 412-413.

³⁴ Rettsvirkningene til uformelle forlik vil nærmere drøftes i punkt 4.2.4.

³⁵ Jf. Hjelmeng (2011) s. 73 om at kompetansen klart nok ligger innenfor tilsynets fullmakter.

³⁶ NOU 2012:7 s. 33.

4 Behovet for en tilsagnsbestemmelse

4.1 Innledning

Som alternativ til tilsagnsvedtak kan tilsynet, forankret i krrl § 12 første ledd, enten inngå et uformelt forlik eller, dersom overtredelse finnes tilstrekkelig bevist, vedta påbud om opphør. Likevel sluttet altså lovutvalget, departementet og høringsinstansene³⁷ seg til at det forelå et behov for en lovfestet mulighet til å gjøre tilsagn bindende. I dette kapitlet vil jeg derfor se hen til om, og eventuelt hvilke, svakheter og begrensninger som ligger bak uformelle forlik og opphørsvedtak.

Som det ble redegjort for i 3.5, er det på det rene at tilsynet har en prinsipiell adgang til å inngå uformelle forlik med foretak. Ut over den nevnte ACNielsen-saken finnes det få eksempler på at tilsynet har benyttet denne adgangen. Det kan være flere årsaker til dette. For eksempel kan det finnes flere uklarheter og svakheter ved uformelle forlik, noe som kan forklare manglende bruk av kompetansen.

Det finnes imidlertid flere eksempler på at tilsynet har vedtatt påbud om opphør. Likevel kan det foreligge begrensninger ved denne kompetanseregelen knyttet til prosedyren og hva tilsynet ensidig kan pålegge foretakene.

4.2 Svakheter ved uformelle forlik

4.2.1 Utfordringer ved tolkning av avtalen

En avtalesituasjon mellom det offentlige og en privat part vil kunne reguleres av både offentligrettslige forvaltningsregler og avtale- og obligasjonsrettslige regler.³⁸ Videre vil det kunne være glidende overgang mellom de to regelsett i det konkrete tilfellet. Dette kan skape problemer for tolkningen av avtalen. Når forliket har både offentligrettslige og kon-

³⁷ Jf. Prop.75 L (2012-2013) s. 25-27 om at samtlige høringsinstanser var enig i, eller ikke protesterte mot, forslaget om å innføre en tilsagnshjemmel, selv om flere hadde innvendinger mot selve utformingen av den.

³⁸ Frihagen (1977) s. 33 og Eckhoff (2006) s. 400.

traktsrettslige elementer, mener Frihagen at det skal foretas en helhetsvurdering hvor styrken av elementene av offentligrettslig myndighetsutøving tas i betraktning.³⁹ Bernt mener at forhåndstilsagn fra myndighetene, med mindre avtalen er av privatrettslig karakter, bare reguleres etter offentligrettslige regler.⁴⁰ Hvorvidt forvaltningsretten i en konkret sak vil besørge forvaltningsrettslig rettssikkerhet i et uformelt forlik *kan* dermed være av varierende grad, og stiller i så fall foretakene i en noe uklar rettsstilling.

4.2.2 Fare for forskjellbehandling

Mangel på et formelt bindende vedtak kan også føre med seg større fare for forskjellsbehandling mellom sakene.⁴¹ I uformelle forlik stilles det ingen formelle krav til prosedyren. Dette kan gjøre det vanskelig å føre kontroll på om «like saker behandles likt». De manglende presedensvirkninger et uformelt forlik får, vil også kunne styrke faren for forskjellbehandling. Det må imidlertid nevnes at tilsynet skal ha stor frihet i prioriteringen av hvilke saker det ønsker å gå videre med, og i hvilke saker det finner hensiktsmessig å inngå et uformelt forlik.

4.2.3 Usikkerhet rundt forlikets form: «Avtale», «vedtak» eller «fritt skjønn»?

Ifølge Frihagen⁴² kan benyttelse av forvaltningens avtalekompetanse medføre usikkerhet til hvorvidt de konkrete tilsagn utgjør en formell og gjensidig bebyrdende «avtale». Denne usikkerheten vil kunne være særlig stor i situasjoner hvor forvaltningen har fritt skjønn. Dersom forvaltningsorganet på et lovregulert område etter lovbestemmelsen kan velge om det vil benytte sin kompetanse eller ikke, kan det hende organet rettslig sett foretar et forvaltningsskjønn og ikke inngår en «avtale» med den private.

Som allerede nevnt, har tilsynet en viss valgfrihet ved avgjørelsen av om en mulig overtredelse skal etterforskes videre for så å eventuelt vedta påbud om opphør etter krrl

³⁹ Frihagen (1977) s. 33-34.

⁴⁰ Bernt (1981) s. 320.

⁴¹ Se Prop.75 L (2012-2013) s. 23.

⁴² Frihagen (1977) s. 33-34.

§ 12 første ledd med eventuelt overtredelsesgebyr etter § 29. Tilsynet kan altså prioritere de mer alvorlige sakene, og nedprioritere sakene det anser som mindre alvorlig og konkurransehemmende. Inngåelsen av et uformelt forlik er altså en type disposisjon som må tolkes nærmere for å finne ut om den utgjør en gjensidig bebyrdende «avtale», eller om tilsynet rettslig sett anses for å utøve skjønn med hensyn til prioritering av saker. Heller ikke er det nødvendigvis noen klar grense mellom ensidige pålegg fra myndighetenes side og en «avtale» mellom offentlig myndighetsorgan og en privat part.⁴³ I vurderingen som må foretas for å klarlegge disposisjonens form, og dermed dens rettsvirkninger, kan det trekkes inn flere momenter. Blant annet om partene har ment at det offentlige skal forplikte seg, og om den private ellers har stor grunn til å regne tilsagnene som endelige.⁴⁴ Det kan altså herske usikkerhet rundt den minnelige ordningens form, og således rundt hvilke rettsvirkninger den får.

4.2.4 Hvilke rettsvirkninger får uformelle forlik?

Spørsmålet om og hvorvidt forvaltningen kan forhåndsbinde fremtidig avgjørelsesmyndighet har som nevnt blitt drøftet mye i litteraturen. Det er ikke sikkert at fremtidige forvaltningsmyndigheter ønsker å overholde sin del av avtalen. For uformelle forlik i konkurranse saker innebærer dette at det ikke nødvendigvis kan stilles garantier om at tilsynet senere gjenopptar etterforskningen, finner overtredelser bevist og vedtar påbud om opphør eventuelt kombinert med overtredelsesgebyr.

Vurderingen i avsnitt 4.2.3 vil kunne være avgjørende for hvilke rettsvirkninger et uformelt forlik får. Dersom forliket anses som en «avtale» vil fremtidig avgjørelsesmyndighet i større grad enn ved ensidige disposisjoner kunne være avskåret fra å gjenoppta saken.⁴⁵ Dersom forliket i større grad kan anses som et «vedtak», vil omgjøringsregelen i fvl § 35 kunne medføre at tilsynet kan gå bort fra avtalen på nærmere bestemte vilkår. Bernt konkluderer

⁴³ Frihagen (1977) s. 34.

⁴⁴ Jf. Frihagen (1977) s. 34.

⁴⁵ Jf. Frihagen (1977) s. 33.

imidlertid med at en minnelig ordning med myndighetene i sin helhet må behandles etter offentligrettslige regler, og avviser således at spørsmålet om tolkningen og virkningene av avtale om offentlig myndighetsutøving kan vurderes etter mer eller mindre privatrettslig synsvinkel.⁴⁶

I forarbeidene anses det som klart at tilsynet i etterkant av uformelle forlik er forpliktet til ikke å gjenåpne saken med mindre foretaket bryter tilsagnene eller at markedsforholdene endrer seg.⁴⁷

Som illustrasjon kan den nevnte ACNielsen-saken anvendes, hvor tilsynet av brevet til foretaket skrev at

*«[s]om resultat av de endringene ACNielsen har avtalt med dagligvarekjedene, har Konkurransetilsynet nå avsluttet sin saksbehandling med hensyn til den ukentlige prisrapporteringen. Det forutsettes at de avtalte endringene overholdes, og det gjøres oppmerksom på at brudd på disse endringene vil kunne innebære et brudd på konkurranseloven § 10, noe som vil kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff i henhold til konkurranseloven § 29 og § 30.»*⁴⁸

At tilsynet avslutter saksbehandlingen innebærer ikke nødvendigvis at det ikke har mulighet til senere å gjenoppta etterforskningen. Tatt forarbeidenes uttalelser i betraktning bør det kunne innfortolkes en begrensning i muligheten til å gjenoppta saken. I tillegg må uttalen ifølge Hjelmeng⁴⁹ innebære at tilsynet i etterkant er avskåret fra å innlede prosess over samme faktum. Etter dette vil ikke tilsynet kunne gjenoppta saksbehandlingen hva gjelder spørsmålet om ACNielsen overtrer forbudet i krrl § 10 ved den ukentlige prisrap-

⁴⁶ Bernt (1981) s. 320.

⁴⁷ NOU 2012:7 s. 33.

⁴⁸ Konkurransetilsynet (2007) s. 3, nest siste avsnitt.

⁴⁹ Hjelmeng (2011) s. 75.

porteringen. Dette tolkningsresultatet stemmer også best over ens med en helhetlig tolkning av det siterte avsnittet, når tilsynet i brevet gjør oppmerksom på innledning av etterforskning ved brudd på tilsagnene.

At rettstilstanden generelt sett for rettsvirkningene av forhåndstilsagn er uklar, fremgår uttrykkelig av Bernt, som henviser til en omgående bevegelse fra domstolene og manglende teoretisk avklaring.⁵⁰ At det til dels har vært en uklarhet rundt hvilke rettsvirkninger uformelle forlik får, kan ha gjort muligheten til å tilby avhjelpende tiltak mindre attraktiv for foretakene.

4.2.5 Manglende sanksjonsmuligheter ved brudd på foretakenes tilsagn

Som nevnt følger det av ACNielsen-saken at det «*forutsettes at de avtalte endringene overholdes, og det gjøres oppmerksom på at brudd på disse endringene vil kunne innebære et brudd på konkurranseloven § 10, noe som vil kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff i henhold til konkurranseloven § 29 og § 30*».⁵¹ Etter dette har ikke tilsynet kompetanse til å svare direkte med overtredelsesgebyr ved et eventuelt tilsagnsbrudd. Dersom foretaket handler i strid med tilsagnene må tilsynet altså gjenoppta prosessen for opphørsvedtak og/eller overtredelsesgebyr, for dermed å få konstatert at den fortsatte atferden innebærer brudd på de materielle reglene.

Tilsynet har altså adgang til sanksjonering dersom tilsagnsbruddet samtidig innebærer brudd på de materielle reglene.⁵² Rettstilstanden er imidlertid ikke klar. Hjelmeng antar at selv hvor tilsagnsbruddet også representerer brudd på de materielle reglene, bør det stilles et tilleggskrav om en klar sammenheng mellom brudd på tilsagn og den opprinnelige overtredelsen.⁵³

⁵⁰ Bernt (1981) s. 77.

⁵¹ Konkurransetilsynet (2007) s. 3, nest siste avsnitt.

⁵² Jf. Hjelmeng (2011) s. 75-76.

⁵³ Hjelmeng (2011) s. 76.

Det kan knytte seg usikkerhet til om tilsynet er avskåret fra å sanksjonere atferden forutfor forliket. I teorien er det antatt at tilsagnsbruddet må representere en fortsettelse av overtredelsen for at tilsynet skal ha kompetanse til å sanksjonere atferden før forliksinngåelsen.⁵⁴ Dette vil ikke være tilfelle hvor foretaket unnlot å gjennomføre de positive tiltakene som fremgikk av forliket. Når uformelle forlik er særlig egnet til å fremme positive tiltak, er tilsynets manglende muligheter til å sanksjonere foretakenes unnlattelse av å gjennomføre disse en stor svakhet.

Det kan også tenkes at et foretak bryter tilsagnene, men at den fortsatte atferden ikke er like konkurransebegrensende som atferden forut for forliket. Dersom tilsynet av denne grunn nedprioriterer en prosess etter § 12 første ledd eller § 29, medfører dette at foretaket «slipper unna» selv om tilsagnene ikke i sin helhet ble fulgt.

4.2.6 Konklusjon

Selv om adgangen til å inngå uformelle forlik skaper mulighet til å avslutte sakene på en fleksibel og effektiv måte, finnes det altså et behov for å kunne gjennomføre dette på en mer formell måte. En innføring av en mulighet til å inngå et formelt forlik vil kunne avklare hvilke rettsvirkninger forliket får. I tillegg kan det være et behov for en mulighet til å sanksjonere brudd på tilsagnene, slik at foretakene motiveres til å gjennomføre tiltakene.

En innføring av en formell kompetanse som avklarer usikkerhetene rundt uformelle forlik, og som dessuten gir mulighet til å sanksjonere brudd, kan føre til en økt bruk av avtaler med foretakene. Dette kan videre allokere ressursene på en mer effektiv måte. Tilsynet får muligheten til å frigjøre ressurser, slik at det kan se på flere markeder og gå videre med flere saker.

⁵⁴ Hjelmeng (2011) s. 75-76.

4.3 Begrensninger i § 12 første ledd

4.3.1 Ressursbruk

Av § 12 første ledd følger at tilsynet kan pålegge foretak som «*overtrer*» de materielle reglene å bringe overtredelsen til opphør. Vedtakskompetansen utløses altså av at tilsynet har konstatert en overtredelse av forbudsbestemmelsene. Når tilsynet må finne overtredelser bevist, krever dette ressurser i form av tid og penger, fordi tilsynet må analysere markedet og foretakets atferd, og foreta en vurdering av om de materielle reglene er overtrådt. At konstatering av overtredelse krever betydelige ressurser vises av en gjennomgåelse av tilsynets vedtak og avgjørelser. I en svært stor andel av anmodningene om pålegg om opphør som bringes inn for tilsynet, avslås klagerens anmodning begrunnet i blant annet kapasitetshensyn.

Ett av flere eksempler er avslaget PlussVVS fikk da foretaket klaget Comfort-kjeden, Villeroy & Boch Norge, med flere, inn for tilsynet med påstand om at det forelå konkurransebegrensende samarbeid. PlussVVS var den eneste aktøren i markedet som av de innklagede foretakene ble nektet å benytte opphavsrettsbeskyttede produktbilder i markedsføringsøyemed. Klageren hevdet at dette var ulovlig samordnet opptreden for å hindre denne i å delta i konkurransen, da det er kostbart å besørge egne produktbilder. I sin avgjørelse skrev tilsynet at de etter å ha sett hen til sakens omfang, betydning og ressursene som er påkrevet for å ta stilling til om bestemmelsene er overtrådt, fant å ikke prioritere videre fremgang i saken. Tilsynet viste også til en betydelig saksmengde som var til behandling.⁵⁵ Den tidligere § 12 tredje ledd om adgang til å klage der tilsynet velger å ikke gripe inn mot en eventuell overtredelse, er nå opphevet. Tilsynet har fortsatt kompetanse til å prioritere sakene det ønsker å gå videre med, og nedprioritere mindre viktige saker. Det er derfor fortsatt en mulighet for at mulige overtredelser ikke blir etterforsket og dermed eventuelt senere slått ned på, begrunnet i manglende kapasitet til å se nærmere på saken.

⁵⁵ Jf. Konkurransetilsynet (2013) premiss (7).

Også foretakene berøres av en prosess etter § 12 første ledd. Under prosessen kan de se seg nødt til å hyre inn advokathjelp, noe som kan bli kostbart.

Begrensninger i konkurransemyndighetenes tilgjengelige ressurser til å vedta påbud om opphør viser at det er mye å hente på alternative måter å avslutte saker på. Et mer fleksibelt alternativ kan frigjøre tilsynets ressurser, og kan dermed åpne for muligheter til å se på flere markeder.

4.3.2 Saksbehandlingen

Det store omfanget av ressurser som vilkåret om å sannsynliggjøre en overtredelse krever, har sammenheng med kravene til saksbehandlingen for opphørsvedtak. I tillegg til de analysene som kreves for at tilsynet skal finne en overtredelse tilstrekkelig bevist, stilles det flere saksbehandlingskrav til prosedyren, noe som kan gjøre at prosessen blir enda mer ressurskrevende for tilsynet. Poenget med inneværende avsnitt er ikke å redegjøre for saksbehandlingen og de kravene som stilles til denne når det treffes opphørsvedtak. Poenget er å undersøke om saksbehandlingskravene gjør bestemmelsen mer ressurskrevende, og således hindrer bruken av den. Hvordan dette eventuelt skiller seg fra prosessen for tilsagnsvedtak, vil jeg komme tilbake til under punkt 6.1.

Ved innledning av etterforskning av overtredelse og senere vedtakelse av opphørspåbud etter § 12 første ledd, kommer saksbehandlingsreglene i både krrl og fvl til anvendelse. Dersom de to lovene på et punkt regulerer det samme eller er motstridende, vil krrl gå foran den generelle fvl, jf. denne lovs § 1 første punktum. Når konkurransemyndighetene går fra å undersøke eller overvåke et bestemt marked til å etterforske et konkret foretak, inntretr partsrettighetene for enkeltvedtak.⁵⁶ Dette innebærer blant annet at foretaket har rett til å bli varslet, rett til innsyn i sakens dokumenter og rett til å uttale seg. Reglene skal sikre parten rettssikkerhet under prosessen.

⁵⁶ *Norsk konkurranserett Bind II: Prosess og sanksjoner* s. 88.

Når tilsynet undersøker om et foretak «overtrer» de materielle reglene kommer fvl § 17 om forvaltningens utredningskrav til anvendelse. Så langt det er forsvarlig å kreve, vil dermed tilsynet være forpliktet til å innhente alle relevante opplysninger før vedtak kan treffes. Dette krever grundige analyser av det relevante markedet og foretakets atferd. I tillegg må det foretas en konkret vurdering av om det er sannsynlighetsovervekt for at foretaket har overtrådt de materielle reglene. Det må også vurderes hvilke tiltak som er aktuelle å pålegge. Videre må det vurderes om disse påleggene oppfyller forholdsmessighetskravet. Samtidig skal også saksbehandlingskravet om å gi foretak og personer som «etterforskes» for overtredelse av forbudsreglene, rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter etter krll § 26 annet ledd kunne oppfylles. Dette innebærer at tilsynet etter forespørsel fra foretaket må stille saksdokumentene til foretakets disposisjon.

Som jeg vil komme tilbake til senere i avhandlingen, blir de forvaltningsrettslige kravene til saksbehandlingen ivaretatt på en annen og mer fleksibel måte under forliksprosedyren enn det som er tilfelle under prosedyren ved vedtakelse av opphørspåbud. Sistnevnte vedtakstype, som ensidig blir vedtatt av tilsynet, og altså uten medvirkning fra foretaket, innehar strengere krav til saksbehandlingen for å ivareta rettssikkerhetsgarantiene forvaltningsretten oppstiller. Dette medfører at det kan være betydelige ressurser å spare i en forenklet prosedyre.

4.3.3 Kompetanse – hva påleggene kan gå ut på. Forholdsmessighetskravet.

4.3.3.1 «Cease and desist orders», atferdsregulerende tiltak og strukturelle tiltak.

Av § 12 første ledd annet punktum følger at pålegget kan omfatte «ethvert» tiltak som er «nødvendig» for å bringe overtredelsen til opphør. Det følger av dette at tilsynet har stor grad av valgfrihet i det de ensidig kan pålegge foretakene, så lenge vedtakene oppfyller kravet til forholdsmessighet.⁵⁷ Påleggene kan være både positive og negative. Dette innebærer at i tillegg til å forby den forbudte atferden, kan tilsynet eventuelt pålegge dem å po-

⁵⁷ Forholdsmessighetskravet, eller proporsjonalitetskravet som det også kalles, vil redegjøres for under punkt 4.3.3.2.

sitivt gjennomføre nærmere bestemte tiltak. Rene negative forbudsvedtak, såkalte «cease and desist orders»⁵⁸, vil som regel være uproblematisk i forhold til forholdsmessighetskravet. Dersom tilsynet har funnet bevist at et foretak utøver rovprising for å forhindre nyetableringer og begrense konkurransen for øvrig, må et påbud om opphør av denne atferden anses «nødvendig» for å sikre at overtredelsen opphører. I den videre fremstilling vil det derfor fokuseres mer på begrensningene som tilsynet har i sin kompetanse til å treffe positive påleggsvedtak.

Dersom «cease and desist orders» alene ikke anses tilstrekkelig til å bringe overtredelsen til opphør, kan tilsynet pålegge foretaket å utføre visse tiltak. Av § 12 første ledd tredje punktum følger det at tiltakene kan være av atferdsregulerende eller strukturell karakter.

Med atferdsregulerende tiltak menes tiltak som *«har til hensikt å bestemme og kontrollere bedriftens atferd, og dermed sikre at bedriften opptrer i samsvar med lovens bestemmelser»*.⁵⁹ Eksempelvis kan tilsynet pålegge et foretak, som utilbørlig misbruker sin dominerende stilling, å slippe konkurrenter inn på markedet gjennom sine infrastrukturer. Så lenge foretaket pålegges å handle på en bestemt måte kategoriseres tiltakene som atferdsregulerende.

Strukturelle tiltak forstås på sin side som pålegg om å *«endre bedriftens strukturelle organisering og på denne måten sikre ønsket atferd gjennom at bedriften forfølger sine egne økonomiske interesser»*.⁶⁰ Et eksempel på pålegg om strukturelle tiltak er at konkurransemyndighetene pålegger et dominerende foretak å selge ut en del av virksomheten. I ettertid vil konkurranseproblemet kunne være eliminert, ved at incentivene til å bryte de materielle reglene er fjernet, samtidig som at foretaket fortsetter å handle etter egne interesser. Et annet eksempel hvor det kan være aktuelt å pålegge strukturelle tiltak, er ved krysseierskap

⁵⁸ Se *Misbruk av dominerende stilling* (2007) s. 399.

⁵⁹ Jf. *Misbruk av dominerende stilling* (2007) s. 400 med henvisning til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

mellom foretak som konkurrerer i samme marked. Dersom foretakene pålegges å selge ut eierinteressene i det andre foretak, vil dette kunne fjerne incentivene for at foretakene samarbeider om markedsvilkår. I motsetning til atferdsregulerende tiltak, som retter seg mot å få stanset den forbudte atferden, vil strukturelle tiltak dermed være egnet til å danne markedsstrukturer som kan sikre fremtidig etterlevelse.⁶¹ Imidlertid vil nok denne type pålegg som regel oppleves mer inngripende for foretakene enn atferdsregulerende tiltak. Dette illustreres av § 12 første ledd tredje punktum, som bestemmer at strukturelle tiltak kun kan pålegges dersom atferdsregulerende tiltak er mer byrdefulle for foretaket, eller dersom sistnevnte ikke er like effektive. I opphørsvedtak er dermed strukturelle tiltak sekundære, mens atferdsregulerende tiltak er primære.

4.3.3.2 Krav til forholdsmessighet

Forholdsmessighetskravet kan imidlertid sette skranker for påleggskompetansen. I kravet om at tiltaket skal være «*nødvendig*» ligger at pålegget ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Tilsynet må altså velge det minst inngripende tiltaket som like godt løser eller lempet på de konkurransemessige problemene.⁶² Imidlertid følger det av forarbeidene at det alminnelige kravet til forholdsmessighet gjelder.⁶³ Dette innebærer at i tillegg til nødvendighetskravet kan det innfortolkes flere sider ved kravet om forholdsmessighet.

I forvaltningens forholdsmessighetskrav ligger ifølge Graver ikke bare et krav om at tiltakene ikke kan gå lenger enn nødvendig, men også at det konkrete påbud eller forbud er «*egnet*» til å realisere formålene inngrepet har.⁶⁴ Altså må konkurransemyndighetenes pålegg ha mulighet til å kunne føre til det ønskede resultat. Som regel vil nok tilsynet kun være interessert i å pålegge tiltak som er egnet til å gjenopprette konkurransen på markedet.

⁶¹ Jf. Larssen (2006) s. 200-201.

⁶² Jf. *Misbruk av dominerende stilling* (2007) s. 403.

⁶³ Se *Misbruk av dominerende stilling* (2007) s. 402-403 med henvisning til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁶⁴ Graver (2007) s. 128.

Videre fremgår det av Graver at det også følger av forholdsmessighetskravet at «fordelene ved å foreta inngrepet overstiger ulempene».⁶⁵ Dette innebærer at hensynene som taler for og imot vedtaket må avveies mot hverandre. I et opphørsvedtak med påbud om utførelse av atferdsregulerende- eller strukturelle tiltak, må altså de konkurransemessige fordelene veies opp mot ulempene for foretaket, og eventuelle ulemper for tredjeparter. Sjelden vil konkurransefremmende tiltak medføre samfunnsmessige ulemper. Derfor vil nok ofte vedtak etter § 12 første ledd oppfylle også denne siden av forholdsmessighetskravet, fordi de som oppnår fordeler ved et konkurransefremmende vedtak som regel vil være langt flere enn de som berøres i negativ forstand, nemlig det adresserte foretak og eventuelle tredjeparter.

Det kan imidlertid tenkes at denne vurderingen vil skape begrensninger for strukturelle pålegg. For at et pålegg etter en konkret vurdering skal være såpass inngripende for foretaket at det overstiger fordelene som oppnås, vil pålegget mest sannsynlig være av strukturell karakter. Denne typen pålegg, som kan fjerne incentivene til overtredende atferd, vil særlig rette seg mot eventuelle fremtidige overtredelser. Tiltakene kan i vurderingen bli ansett å rette seg mot hypotetiske overtredelser, slik at ulempene regnes å overstige fordelene.

I vurderingen av om opphørsvedtaket er forholdsmessig, vil nok skoen i de fleste tilfeller trykke mest på nødvendighetskravet. Når det undersøkes om det finnes mindre inngripende tiltak som like godt lemper på de konkurransemessige problemer, kreves det at tilsynet på eget initiativ må vurdere alternative pålegg, og herunder undersøke om heller ikke disse overskrider forholdsmessighetskravet. Deretter må det vurderes om fordelene som oppnås ved det minst inngripende alternativet overstiger ulempene som pålegget medfører for foretaket. Som vist her kreves det altså at tilsynet foretar en omfattende vurdering før vedtak kan treffes.

Bestemmelsen i § 12 første ledd er utformet etter mønster fra EØS-retten, og skal derfor tolkes i samsvar med den praksis som utvikler seg gjennom håndhevingen av EØS-avtalen

⁶⁵ Graver (2007) s. 129.

artikkel 53 og 54.⁶⁶ Også praksis av de EU-rettslige reglene vil etter dette være relevant å se hen til. Ifølge Hjelmeng gjør forholdsmessighetsprinsippet i forordning 1/2003 artikkel 7 at bestemmelsen blir mindre fleksibel for effektivt å løse et konkurranseproblem enn tilsagnskompetansen i artikkel 9.⁶⁷ De tre aspektene ved forholdsmessighetsprinsippet i § 12 første ledd som nevnt ovenfor vil etter dette også kunne sette begrensninger på anvendelsens fleksibilitet og effektivitet.

Etter krrl § 12 første ledd tredje punktum kan strukturelle tiltak bare pålegges dersom atferdsregulerende tiltak er mer byrdefulle eller ikke er like effektive. Dermed vil også dette aspektet ved forholdsmessighetsprinsippet legge begrensninger i påleggsadgangen for strukturelle tiltaks vedkommende. Strukturelle tiltak kan altså pålegges dersom atferdsregulerende tiltak i den konkrete saken er mer byrdefulle for foretaket. Strukturelle tiltak kan også pålegges dersom atferdsregulerende tiltak i den aktuelle saken ikke er like effektive. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke tilfellet hvor det strukturelle tiltak er det mest byrdefulle og samtidig det mest effektive.⁶⁸ Av Larssen fremgår det at det her må foretas en konkret vurdering hvor det aktuelle strukturelle tiltaks effektivitet for å oppnå det ønskede mål veies opp mot hvor byrdefulle tiltakene er for foretaket.⁶⁹ Dette krever videre grundige analyser, ettersom det må forsøkes å fastslå hvilke virkninger endringene i foretakets struktur får på en fremtidig konkurranse.⁷⁰ Dette illustrerer at prosessen ved strukturelle pålegg kan bli særlig ressurskrevende. Tilleggskravet for strukturelle tiltak innebærer at det skal mye til for å gi slike pålegg.

Av forarbeidene⁷¹ følger at strukturelle tiltak kan være mer effektive enn atferdsregulerende tiltak i enkelte saker. Videre fremgår det at dette særlig kan være tilfelle hvor det er et

⁶⁶ Jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 71.

⁶⁷ Hjelmeng (2011) s. 56.

⁶⁸ Jf. Larssen (2006) s. 212.

⁶⁹ Jf. Larssen (2006) s. 213.

⁷⁰ L.c.

⁷¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

foretaks strukturelle oppbygging som bidrar til eller motiverer til den ulovlige atferden. Pålegg av atferdsregulerende tiltak vil i disse tilfellene kun bestemme og kontrollere ønsket atferd, uten at de underliggende motivene for ulovlig atferd fjernes. Et foretak som både produserer produkter til et marked, samt eier infrastrukturer som gir tilgang til markedet, kan eksempelvis gjennom sine infrastrukturer hindre at foretak med konkurrerende produkter får tilgang til markedet. I slike tilfeller kan konkurransemyndighetene anse pålegg om å selge deler av infrastrukturene som den mest effektive og permanente løsningen på konkurranseproblemet, i motsetning til et pålegg om å slippe konkurrenter inn på markedet. Etter at deler av virksomheten er solgt ut, vil incentivene for å overtre forbudsbestemmelsene være borte, samtidig som at foretaket fortsetter å handle etter egne økonomiske interesser.

Når atferdsregulerende tiltak nettopp pålegger foretakene i å handle i strid med egne økonomiske interesser, vil strukturelle pålegg kunne begrense nødvendigheten av å føre etterfølgende kontroll av etterlevelsen, hvilket er ressursbesparende. Strukturelle tiltak kan være nødvendig for at foretaket skal være i stand til å etterleve de materielle reglene. Dersom atferdsregulerende tiltak er mindre byrdefulle for foretaket, kan tilsynet etter en skjønnsmessig vurdering likevel være avskåret fra å treffe de mer effektive strukturelle tiltakene. Å likevel pålegge foretakene i å utføre atferdsregulerende tiltak, selv om foretakene ikke er i stand til å etterleve dem, kan dermed fremstå som lite effektivt.

I tilknytning til overtredelser av krrl § 11 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av markedsdominans, kan tilsynet særlig være hindret i å gi strukturelle pålegg. Krrl § 11 forbyr ikke foretak i å ha en dominerende stilling på markedet. Bestemmelsen kan slik sett sies å diktere lovlig struktur, og således kan forholdsmessighetskravet begrense tilsynet i å treffe pålegg som tar sikte på å redusere foretakenes markedsandeler.

Rettspraksis i EU-retten tyder dessuten på at foretakene har en viss frihet til selv å velge hvordan forbudsreglene skal etterleves.⁷² Så lenge de ulike formene for atferd er forenelige med EU-retten, er et grunnleggende utgangspunkt at Kommisjonen ikke kan påtvinge foretakene en bestemt atferd, dersom det finnes forskjellige måter å bringe overtredelsen til opphør på. Dette kan ses i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet – dersom det finnes flere måter å etterleve tiltakene på, er Kommisjonen påkrevet å utforme tiltakene slik at det minst inngripende kan velges. Dette kan bidra til å gjøre tiltakene og deres virkninger mer fleksible.⁷³ Imidlertid vil prinsippet føre til at tilsynet normalt ikke kan vedta positive tiltak ved brudd på krrl § 10 om konkurransebegrensende samarbeid.⁷⁴ Videre medfører prinsippet om foretakenes frihet til å velge virkemiddel at positive forpliktelser i praksis som regel bare kan pålegges dersom disse tiltakene er eneste måte som effektivt bringer overtredelsen til opphør.

Forholdsmessighetsprinsippet medfører altså begrensninger på tilsynets kompetanse til å treffe tiltak som løser underliggende problemer i en konkurransesak. Det kan også sies at bestemmelsen er mer rettet mot å avbryte overtredelsen, fremfor å løse det underliggende konkurranseproblemet. I tillegg kan det vises til at Kommisjonen sjelden har pålagt foretak strukturelle tiltak, noe som kan skyldes det strengere forholdsmessighetsprinsippet som slike pålegg er underlagt.⁷⁵ Det er derfor sannsynlig at de særlige begrensninger som følger av anvendelsen av strukturelle tiltak i norsk konkurranserett også har hindret norske konkurransemyndigheter i å pålegge slike tiltak. Dette kan tyde på at det foreligger et behov for en mer fleksibel løsning. Når strukturelle tiltak kan fjerne incitamentet til å overtre forbudsbestemmelsene, vil denne typen pålegg kunne være et mer effektivt virkemiddel på lang sikt. Med de store begrensningene som foreligger i adgangen til å gi strukturelle på-

⁷² *Misbruk av dominerende stilling* (2007) s. 408 flg., og på s. 410 med henvisning til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁷³ *Ibid.* s. 409.

⁷⁴ *Ibid.* s. 411.

⁷⁵ Jf. Hjelmeng (2011) s. 56.

legg, vil krrl § 12 første ledd i liten grad være egnet til å ivareta fremtidig konkurranse. Dessuten fremgår det av forarbeidene at strukturelle tiltak bare bør benyttes der det er en *«vesentlig fare for vedvarende eller gjentatte overtredelser»* som følge av foretakets strukturelle organisering.⁷⁶ Tilsynet er altså frarådet fra å gi strukturelle pålegg med mindre det snevre unntaket om vesentlig fare for gjentakelser er oppfylt. Det kan dermed være behov for et verktøy som i større grad tar sikte på å unngå fremtidige konkurranseproblemer, noe strukturelle tiltak kan være særlig egnet til, men som samtidig forsikrer rettssikkerhet for partene.

4.3.4 Konklusjon

I motsetning til det som ble konkludert med tidligere om svakhetene ved uformelle forlik, gir krrl § 12 første ledd altså muligheten til en formell avslutning av saker. Imidlertid kan det sies at kompetansen i § 12 første ledd er noe snever. Både forholdsmessighetskravet og vilkåret om at en overtredelse må sannsynliggjøres setter skranker for bestemmelsens anvendelighet. Det kan konkluderes med at det særlig med begrunnelse i muligheten for frigjøring av ressurser er behov for mer fleksible og effektive muligheter til å treffe vedtak som bøter på konkurranseproblemer.

4.4 Tilsagnsbestemmelsen

4.4.1 Et effektivt alternativ som avklarer rettsvirkninger og sanksjoner ved tilsagnsbrudd

Med krav om konstatert overtredelse og krav om forholdsmessighet setter altså § 12 første ledd begrensninger på adgangen til å ensidig pålegge positive tiltak. Som vi skal se har ikke bestemmelsen om adgang til å gi bindende tilsagn fullt så store begrensninger, og der § 12 første ledd skorter på effektivitet og fleksibilitet, viser hjemmelen i § 12 tredje ledd seg å inneha nettopp disse egenskaper. Krrl § 12 tredje ledd gir tilsynet mulighet til å inngå bindende vedtak som baserer seg på tilsagn foreslått av det aktuelle foretaket selv. Da tilsynet ikke er påkrevet å føre bevis for at det foreligger overtredelse av krrl, vil nok til-

⁷⁶ Jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 72.

sagn ofte være et mer smidig verktøy for å løse konkurransemessige problemer i et marked sammenlignet med påbud om opphør.

Som vist under punkt 4.2 ovenfor kan bruk av forvaltningsrettslig avtalekompetanse føre med seg store uklarhetsmomenter for foretakene, hvilket kan påvirke utstrekningen av de avhjelpende tiltak foretaket tilbyr. Dette kan igjen sette sitt preg på de konkurransemessige fordeler som kommer ut av avtalen. Den lovfestede tilsagnsbestemmelsen løser uklarhetene knyttet til rettsvirkninger som fulgte med uformelle henleggelser. Som nevnt har heller ikke konkurransemyndighetene kompetanse til å sanksjonere brudd på tilsagnene i et uformelt forlik. Slik sett vil § 12 tredje ledd virke mer effektiv, da brudd på tilsagnsvedtaket kan sanksjoneres særskilt. Etter krrl § 29 første ledd bokstav b kan foretak som forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak etter § 12 ilegges overtredelsesgebyr.⁷⁷ Et brudd på bindende tilsagn kan altså sanksjoneres med overtredelsesgebyr selv om det fremdeles ikke er påvist brudd på forbudsreglene. Dette gjør det lettere å håndheve tilsagnsbrudd. Foretakene kan også bli mer motivert til å etterleve tilsagnene.

4.4.2 Fordeler for både konkurransemyndighetene og foretakene

I forarbeidene er det uttalt at det finnes flere fordeler med en tilsagnsbestemmelse. Når prosessen er forenklet og forkortet sammenlignet med den for opphørsvedtak, vil den være mindre kostbar og mer tidsbesparende. I tillegg kan konkurransemyndighetene oppnå mer målrettede, fleksible og spesifikke tiltak enn det man kunne oppnådd ved ensidig ilagte påbud. Tilsvarende fordeler vil også foretakene kunne få. I tillegg vil foretakene kunne slippe den negative publisitet som ofte vil følge av at tilsynet har konstatert at det foreligger brudd på konkurranserettslige bestemmelser, samt at det vil kunne være lettere for foretakene å tilpasse seg tiltak de har vært med på å utforme. De avbøtende tiltak man kan oppnå ved anvendelse av tilsagnsvedtak er også en effektiv mekanisme for både å fremme og legge til rette for konkurranse i markedet.⁷⁸

⁷⁷ Jf. NOU 2012:7 s. 37.

⁷⁸ Jf. NOU 2012:7 s. 30, 31 og 33 og Prop.75 L (2012-2013) s. 27.

Den pågående granskningen av de fire store forlagene Aschehoug, Cappelen Damm, Gyldendal og Schibsted, samt distribusjonsselskapet Bladcentralen, som eies blant annet av de nevnte forlag, er en sak av slik art som kan egne seg til avslutning ved bindende tilsagn. Særlig kan dette være tilfelle dersom konkurranseproblemet er forretningsnektelse. Tilsynet foretok en «razzia» hos forlagene og Bladcentralen 8. april 2014. Senere har tilsynet uttalt at bakgrunnen var å avkrefte eller bekrefte brudd på krrl.⁷⁹ Bladcentralen, som har 70-80 prosent av omsetningen, har Interpress som største konkurrent. Sistnevnte fikk i mars 2014 beskjed fra de fire forlagene om at de ikke lenger var interessert i å distribuere gjennom Interpress. Sistnevnte fikk dermed en svakere stilling i distribusjonen til det såkalte massemarkedet, altså dagligvarebutikker, kiosker og bensinstasjoner. Distribusjonsselskapet fikk deretter tilgang til dokumentasjon som ikke var ment for dem, og som tydet på at forlagene hadde samordnet kommunikasjonen til Interpress, hvorpå foretaket delte dokumentasjonen med tilsynet.⁸⁰

I denne saken kan forlagene, dersom overtredelse av krrl § 10 sannsynliggjøres, vente seg titalls millioner kroner i overtredelsesgebyr.⁸¹ Grunnen til dette er at konkurransebegrensende horisontalt samarbeid anses som en alvorlig overtredelse og kan sanksjoneres på en streng måte. I tillegg kan forslaget til den nye Bokavtalen, som ennå ikke er bindende, gi foretakene incentiver til å tilby avhjelpende tiltak. Bokavtalen er foreslått å erstatte den nåværende avtalen med virkning fra 1. januar 2015, og inngås mellom Forleggerforeningen og Bokhandlerforeningen. Ettersom avtalen innebærer et samarbeid om å sikre faste bokpriser, og således krever dispensasjon fra krrl, er den for tiden under behandling i departementet. Forslaget til den nye Bokavtalen er kritisert for å styrke de dominerende forlagenes posisjon. Enkelte politikere har i «razziaens» etterspill uttalt at Bokavtalen må stanses dersom tilsynet avdekker grove brudd på krrl som tar sikte på å presse ut de mindre forlage-

⁷⁹ Konkurransetilsynet (2014).

⁸⁰ Jf. Hagen (2014).

⁸¹ Jf. Gravklev (2014) under overskriften «KAN FØRE TIL GEBYR».

ne.⁸² Det er lett å tenke seg at tilsynet finner et eventuelt samarbeid om forretningsnektelse konkurransebegrensende. I tillegg til at Bladcentralens største konkurrent i distribusjonsleddet skvises ut av massemarkedet, vil et horisontalt samarbeid for øvrig kunne være særlig egnet til konkurransebegrensende virksomhet dersom de involverte foretak har vertikale eierinteresser. Forlagene kan derfor se seg presset til å gi tilsagn om eksempelvis å forplikte seg til å levere til Interpress for å legge saken død.

4.4.3 Bekymringer forutfor vedtakelsen av krrl § 12 tredje ledd

Fraværet av preventiv effekt på markedet kan sies å være en ulempe med en tilsagnsbestemmelse.⁸³ Når muligheten for å komme med tilsagn er til stede, kan det virke mindre risikabelt for foretakene å overtre atferdsreglene i krrl. Det kan dermed argumenteres for at bestemmelsen kan gi incentiver til å bryte de materielle reglene, da forbudt atferd er noe overtredene vil kunne dra økonomisk nytte av. Ved utformingen av bestemmelsen så imidlertid utvalget dette mer som en grunn til å vise forsiktighet ved praktiseringen av bestemmelsen enn et argument mot hjemmelen i sin helhet. Innenfor EU-retten er det dessuten antatt at øvrige markedsaktører kan dra lærdom av et foretaks bindende tilsagn, som viser hvilken atferd Kommisjonen har godtatt som avbøtende på konkurranseproblemet.⁸⁴

Gjennom forarbeidene ble det uttrykt en annen bekymring med tilsagnshjemmelen; Når tilsynet ikke tar stilling til om det har skjedd en overtredelse, kan dette vanskeliggjøre gjennomføringen av privat håndhevelse. En berørt privat aktør kan ha vanskeligheter med å bevise at det har skjedd en overtredelse, og kan dermed gå glipp av eventuell erstatning. Imidlertid lot utvalget hensynet til en effektiv offentlig håndhevelse av krrl gå foran eventuell svekket privat håndhevelse av reglene.⁸⁵

⁸² Jf. Bakke (2014).

⁸³ NOU 2012:7 s. 34.

⁸⁴ Europakommisjonen (2012) punkt 16.2 avsnitt (6).

⁸⁵ NOU 2012:7 s. 34-35.

Videre kan det anses som problematisk at innrømmelser fremforhandles mellom foretakene og det organet som har kompetanse til å vedta sanksjoner.⁸⁶ Dette kan føre til at foretakene strekker seg lengre i tilsagnene enn nødvendig for å unngå at tilsynet går videre med saken. Dette må anses å være en reell bekymring, da tilsynet åpenbart har overtaket i forhandlingsprosessen. På bakgrunn av dette legges det i forarbeidene føringer på at bestemmelsen skal anvendes med forsiktighet.⁸⁷ For utvalget var det også avgjørende at bestemmelsen hovedsakelig ses som et redskap for å avslutte en sak på et tidlig tidspunkt, og ikke som en mulighet til å forhandle bort en sanksjon.⁸⁸ I tillegg er det foretakene selv som i første omgang tilbyr avhjelpende tiltak, og som må avveie om og eventuelt i hvilken utstrekning tilsagnene skal utformes.

4.4.4 Eksempler på tilsagnsvedtak i EU

Innenfor EU har Kommisjonen i flere tilfeller vedtatt bindende tilsagn. Et eksempel er tilsagnene det italienske gassforetaket ENI tilbød, og som senere ble bindende ved vedtak.⁸⁹ ENI var involvert i både produksjon og import av gass til Italia. Selskapet, som var eier eller medeier av samtlige fraktmetoder for gass til landet, ble ansett å være et dominerende foretak i markedet. Mulig misbruk av denne dominerende stillingen i strid med TEUV artikkel 102 viste seg ved at ENI mest sannsynlig ekskluderte konkurrenter fra å få tilgang til infrastrukturen, eller kun tillot dem å få tilgang på mindre gunstige vilkår enn det som gjaldt for ENI selv. Dermed ble eventuelle konkurrerende foretak nærmest fratatt muligheten til å importere gass uten å opprette egne transportmetoder, hvilket ble ansett å være umulig eller urimelig vanskelig av juridiske, tekniske og økonomiske grunner.⁹⁰ For å bøte på disse konkurransebekymringene, tilbød ENI hovedsakelig å selge flere av aksjene i gassoverførende selskap til kjøpere som Kommisjonen godkjente. Kommisjonen fant disse strukturelle tiltakene tilstrekkelige. I motsetning til et løfte om å slippe konkurrenter til på

⁸⁶ NOU 2012:7 s. 35.

⁸⁷ NOU 2012:7 s. 34 og Prop.75 L (2012-2013) s. 28.

⁸⁸ NOU 2012:7 s. 35.

⁸⁹ COMP/39315 (vedtak av 29. september 2010).

⁹⁰ Jf. COMP/39315 (vedtak av 29. september 2010) premiss 42.

markedet, vil en (delvis) eliminering av kontroll over infrastrukturen som nevnt være egnet til å løse konkurranseproblemet på permanent basis.

Et annet eksempel på bruk av artikkel 9 er saken om Visa Europe.⁹¹ Etter at Kommisjonen sendte foretaket et såkalt «statement of objections», hvor konkurransemessige bekymringer ble identifisert, fremsatte Visa Europe forslag til utførelse av positive tiltak. Kommisjonen uttrykte at Visas «multilateral interchange fee» var satt for høyt, noe som gikk ut over forbrukere. For forbrukerne var ikke avgiften på kortbruken synlig. Et «multilateral interchange fee» kan forstås som en avgift, i dette tilfellet satt av Visa, som banken til en butikkinnehaver betaler til kortholders bank ved dennes bruk av kortet. Da denne avgiften var satt høyt, mente Kommisjonen at dette kunne være konkurransebegrensende samarbeid i strid med TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53, da avgiften gjaldt etter avtale mellom Visa Europe og dets medlemmer. Visa Europe tilbød dermed å kutte avgiften til 0,3 prosent for betaling med kredittkort, noe som tilsvarte en reduksjon på 40-60 prosent. Kommisjonen godtok disse atferdsregulerende tilsagnene, og gjorde de bindende ved vedtak.

Også Google har tilbudt tilsagn i en sak som ikke ennå er endelig i form av vedtak.⁹² De konkurransemessige bekymringene Kommisjonen her har kommet med knytter seg til flere punkter. Blant annet prioriterer Google egne tilbud ved bruk av nettsøkstjenesten. En bekymring var at Google ikke lar konkurrentenes tilbud være like synlige, selv om disse måtte være like relevante ved nettsøket som Googles tilbud. Dette kan føre til ujevnt søkeresultat til skade for konkurrentene. For å møte disse bekymringene har Google nå fremsatt forslag om å gjøre konkurrentenes treff synligere. Visepresidenten for Kommisjonen, Joaquín Almunia, har i en pressekonferanse⁹³ uttalt at foretakets tilsagn nok møter konkurransebekymringene som tidligere var blitt uttrykt overfor Google. For eksempel innebærer tilsag-

⁹¹ COMP/39398 (vedtak av 8. desember 2010).

⁹² COMP/39740.

⁹³ Jf. Europakommisjonen (2014a).

nene at dersom Google viser egne sponsede tilbud i bilder, skal også konkurrerende tilbud vises i bilder. Siden 2010, da Kommisjonen først uttrykte bekymringene, har Google frem satt to tidligere forslag til bindende tilsagn, uten at disse ble funnet tilfredsstillende. Google fikk dermed beskjed fra Almunia at dersom tiltakene for tredje gang ble funnet utilstrekkelige, skulle Kommisjonen fortsette saken for å finne overtredelser bevist, med påfølgende ileggelse av sanksjoner.

En gjennomgang av Kommisjonens saker viser at artikkel 9 anvendes der det kan oppnås positive tiltak, og altså ikke hvor den eneste relevante sanksjonsmetoden er rene «cease and desist orders». Som vist i særlig den pågående saken om Google, kan artikkel 9 motivere foretakene til å tilby tilstrekkelig tilfredsstillende positive tiltak som er egnet til å gjenopprette og styrke konkurransen på markedet.

5 Kompetanse og skranker

5.1 Kompetanse til å vedta bindende tilsagn

5.1.1 Foretaket tilbyr avhjelpende tiltak

Etter krrl § 12 tredje ledd første punktum er tilsagnskompetansen avhengig av at foretaket selv tilbyr avhjelpende tiltak, eller inngår dialog med tilsynet. Foretaket kan komme med tilsagnene når som helst i prosessen.⁹⁴ Ettersom vedtaket ikke er avhengig av at foretaket finner konkurransebegrensende virksomhet bevist, kan tilsynet i prinsippet godta tilsagnene kort tid etter at de konkurransemessige bekymringene har kommet for dagen.

Jo lenger ut i prosessen saken har kommet på det tidspunktet foretaket tilbyr tiltakene, dess mindre vil nok konkurransemyndighetene være interessert i å godta tilsagnene. Dersom tilsynet er nærme å få konstatert en overtredelse, vil allerede flere saksbehandlingsregler for overtredelser være fulgt fullt ut, og dermed har ikke fordelene ved den forenklete pro-

⁹⁴ NOU 2012:7 s. 188.

sedyren kommet forvaltningsorganet til gode. I noen tilfeller kan det imidlertid tenkes at konkurransemyndighetene har en interesse av å treffe vedtak om bindende tilsagn selv om foretakene har tilbudt tiltakene sent i prosessen. Dette kan være tilfellet når tilsynet ser at det er mye å hente i å gjøre positive tiltak bindende, og at det ikke ser utsikter til dette ved opphørsvedtak. På grunn av de høye kravene for å gi strukturelle pålegg ved opphørsvedtak, kan det tenkes at tilsynet heller ønsker å treffe et tilsagnsvedtak selv om saken nesten er ferdig utredet.

5.1.2 Sak som kan ende med vedtak etter § 12 første ledd

For at tilsynet skal kunne vedta de tilbudte avhjelpende tiltak, må tiltakene referere seg til en sak som «*kan ende med et vedtak etter § 12 første ledd*».⁹⁵ De konkurransemessige bekymringer må altså være knyttet til den forbudte atferden som reguleres av krrl §§ 10, 11 og forskrift gitt i medhold av § 14. Dette innebærer at saken etter sin art må kunne ende med et vedtak etter § 12 første ledd. Det er imidlertid ikke nødvendig for konkurransemyndighetene å på noen måte sannsynliggjøre den eventuelle overtredelsen. Dersom tilsynet har kommet så langt i prosessen at en overtredelse av de materielle reglene allerede finnes tilstrekkelig bevist, utelukker heller ikke dette for muligheten til å godta foretakenes tilsagn. Som nevnt vil nok forvaltningsorganet være mer interessert i å treffe tilsagnsvedtak på et tidligere tidspunkt.

5.2 Krav til tilsagnsvedtakets innhold

5.2.1 Generelt

Tilsagnsvedtak vil innholdsmessig kunne variere sterkt mellom de ulike sakene. Tilsynet står nokså fritt i vurderingen av om det vil godta de aktuelle tilsagnene. For at tilsynet skal være interessert i å godta tilsagnene, vil nok tiltakene som regel ligge tett opp til det som tilsynet ensidig kan pålegge etter krrl § 12 første ledd. Det vises i denne sammenheng til det som ovenfor er sagt om atferdsregulerende- og strukturelle tiltak.⁹⁶

⁹⁵ Krrl § 12 tredje ledd første punktum.

⁹⁶ Jf. avhandlingens 4.3.3.1.

Rene tilsagn om opphør av en overtredelse vil nok unntaksvis godtas. Når et tilsagnsvedtak treffes uten at det er påvist noen skyld, kan det være problematisk å avslutte en sak mot løfter fra foretaket om å slutte å overtre de materielle reglene. Det ville også gått dårlig over ens med det fremtidsrettede formålet bak tilsagnsbestemmelsen; Av forarbeidene fremgår at et poeng med å treffe tilsagnsvedtak er å ivareta fremtidig konkurranse.⁹⁷ Derfor er bestemmelsen særlig egnet til å gjøre positive tiltak bindende, herunder også strukturelle tiltak.

Etter § 12 tredje ledd annet punktum skal det i vedtaket foretas en vurdering av foretakets atferd. Videre bestemmer femte punktum at det i vedtaket skal fremgå at tilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd eller § 29 om overtredelsesgebyr dersom foretaket etterlever tilsagnene. Fjerde punktum pålegger tilsynet å vurdere om og begrunne hvorfor tiltakene er nødvendige og egnet for å møte de konkurransemessige bekymringene tilsynet har gitt uttrykk for. Dette kan betraktes som et krav til proporsjonalitet. Ytterligere krav til innholdet i tilsagnsvedtaket fremgår ikke av lovbestemmelsen. Altså kan tilsynet pålegge foretaket alle slags tiltak som kan styrke konkurransen på markedet, dersom dette anses å være proporsjonalt. Eksempler på hva tilsagnsvedtakene kan gå ut på fremgår av punkt 4.4.4, hvor det kort er redegjort for sakene om gassforetaket ENI, Visa Europe og Google. Mellom disse sakene ble det vedtatt tiltak av både strukturell og atferdsmessig karakter.

I utgangspunktet kan det fattes vedtak om bindende tilsagn ved mistanke om alle slags overtredelser av de materielle reglene i krrl. Imidlertid er det i forarbeidene uttalt at de groveste overtredelsene, eksempelvis kartellvirksomhet, bør holdes utenfor.⁹⁸ Slike overtredelser bør etter utvalgets og departementets mening kun sanksjoneres på en streng måte, og avhjelpes bare ved at overtredelsen opphører. Det er ikke adgang til å kombinere tilsagns-

⁹⁷ Jf. Prop.75 L (2012-2013) s. 27.

⁹⁸ Se NOU 2012:7 s. 34 og Prop.75 L (2012-2013) s. 29.

vedtaket med overtredelsesgebyr, altså at det ilegges et redusert gebyr mot at foretaket utfører tiltakene.⁹⁹

5.2.2 Nærmere om proporsjonalitetsprinsippet

5.2.2.1 Skiller proporsjonalitetskravet ved tilsagnsvedtak seg fra det ved opphørsvedtak?

Hva som ligger i kravet til proporsjonalitet generelt sett i forvaltningsretten, er allerede redegjort for. Her skal det ses nærmere på om, og eventuelt hvordan, kravet er annerledes ved tilsagnsvedtak enn ved opphørsvedtak.

Saken om Alrosa og De Beers¹⁰⁰ illustrerte og fastslo hvordan proporsjonalitetsprinsippet i forordning 1/2003 artikkel 9 skal forstås. Verdens største og nest største diamantprodusenter og –distributører De Beers og Alrosa hadde inngått en eksklusiv leveringsavtale om at førstnevnte skulle foreta innkjøp av diamanter fra sistnevnte. Kommisjonen uttrykte opprinnelig bekymring om at dette utgjorde en overtredelse av TEUV artikkel 101, hvorledes foretakene sammen tilbød avhjelpende tiltak om en kvantitativ nedtrapping av innkjøpene. Kommisjonen endret imidlertid senere fokuset til artikkel 102, altså at De Beers utøvde utilbørlig misbruk av sin dominerende stilling. De Beers svarte med å foreslå tilsagn¹⁰¹ som gikk ut på at foretaket i løpet av en treårsperiode skulle redusere innkjøpene, for deretter å fullstendig avslutte innkjøpene fra Alrosa. Tiltakene ble godkjent og gjort bindende av Kommisjonen ved tilsagnsvedtak («commitment decision»). Målet for å gjøre tilsagnene bindende var å sette en stopper for kjøpsavtalen mellom Alrosa og De Beers, slik at Alrosa igjen ble en reell konkurrent for det dominerende foretaket De Beers. Tilsagnsvedtaket var samtidig til skade for Alrosa, som ville miste sin viktigste handelspartner i EU. Selskapet klaget derfor Kommisjonens vedtak inn for domstolene, med påstand om at vedtaket blant annet ikke oppfylte proporsjonalitetskravet, som er etablert gjennom praksis i EU-

⁹⁹ Jf. NOU 2012:7 s. 37.

¹⁰⁰ C-441/07 P.

¹⁰¹ Sak COMP/38381. Tilsagnene fremgår blant annet av sammendraget av 27.07.2006 til «Commitments Decision» av 22.02.2006.

domstolen. Førsteinstansdomstolen¹⁰² gav medhold til Alrosa, og tolket proporsjonalitetskravet i artikkel 9 på lik måte som den under artikkel 7, og fant herunder at tilsagnene gikk for langt ved at de var for byrdefulle for Alrosa.¹⁰³ Kommisjonens anke til EU-domstolen førte imidlertid til et annet resultat. Domstolen uttalte her at proporsjonalitetsprinsippet er annerledes i artikkel 7 og i artikkel 9, i henhold til både utstrekning og til innhold.¹⁰⁴

Begrunnelsen for dette er blant annet at de to bestemmelsene har ulike formål. Den ene søker å få slutt på en overtredelse som er bevist å eksistere, mens den andre har til formål å møte Kommisjonens konkurransebekymringer.¹⁰⁵ Med dette som bakgrunn fikk altså Alrosa ikke medhold i at tilsagnsvedtaket ikke oppfylte kravet til proporsjonalitet. Alrosa-saken viser at tiltakene i et opphørsvedtak må veies opp mot den beviste overtredelsen, mens proporsjonalitetskravet i et tilsagnsvedtak vil være oppfylt dersom tilsagnene møter de konkurransemessige «bekymringer» konkurransemyndighetene har funnet. Grunnlagene for proporsjonalitetsvurderingene er altså ulike. Selv om proporsjonalitetsvurderingen skjønnsmessig, kan det sies at vurderingen for tilsagnsvedtak virker noe vanskeligere tilgjengelig. Når tilsagnene skal vurderes opp mot «bekymringene» og ikke en konstatert overtredelse, innebærer dette at vurderingens grunnlag til en viss grad er av hypotetisk karakter. Det må imidlertid legges til grunn at konkurransebekymringene, som fremgår av et «preliminary assessment»,¹⁰⁶ vil gi foretakene noe håndfast å forholde seg til når tilsagnene skal utformes.

¹⁰² Sak T-170/06 av 11. juli 2007.

¹⁰³ Jf. sak T-170/06 premiss 126.

¹⁰⁴ Jf. sak C-441/07 P premiss 38.

¹⁰⁵ Jf. sak C-441/07 P premiss 46.

¹⁰⁶ Jf. forordning 1/2003 artikkel 9 første ledd.

Det er imidlertid ikke bare grunnlaget for vurderingen som er annerledes i artikkel 7 og artikkel 9. I Alrosa-saken uttalte også EU-domstolen at:

*«[a]pplication of the principle of proportionality by the Commission in the context of Article 9 of Regulation No 1/2003 is confined to verifying that the commitments in question address the concerns it expressed to the undertakings concerned and that they have not offered less onerous commitments that also address those concerns adequately».*¹⁰⁷

Av det siterte avsnitt kan det utledes to viktige sider ved proporsjonalitetsvurderingen til forordning 1/2003 artikkel 9. For det første er proporsjonalitetskravet begrenset til at Kommisjonen må undersøke om foretakene har tilbudt mindre byrdefulle tiltak som også oppfyller proporsjonalitetskravet. Mens det i opphørsvedtak etter artikkel 7 kreves at Kommisjonen selvstendig og på eget initiativ leter etter alternative og mindre byrdefulle tiltak, er det tilstrekkelig etter artikkel 9 at Kommisjonen vurderer de eventuelle alternative tiltak som foretaket har tilbudt. Vurderingen er etter dette lempeligere enn det som er tilfelle når det treffes påbud om opphør. I tillegg kan Kommisjonen spare ressurser når det ikke stilles som krav at organet skal utføre omfattende undersøkelser ved flere alternative tiltak.

For det andre er vurderingens perspektiv annerledes enn fra den i artikkel 7. Alrosa-saken gir anvisning om et «omvendt proporsjonalitetskrav», ved at tilnærmingen til vurderingen er annerledes enn det som ellers er tilfelle når det vurderes om proporsjonalitetskravet er oppfylt. Mens det i opphørsvedtak skal undersøkes om tiltakene Kommisjonen ensidig ønsker å pålegge går for langt for foretaket, er vurderingen for tilsagnsvedtak rettet mer mot spørsmålet om tiltakene foretaket tilbyr er tilstrekkelige. Dette kan utledes av det siterte avsnitt ved at EU-domstolen uttrykkelig sier at Kommisjonen er begrenset til å vurdere om tilsagnene møter konkurransebekymringene som er blitt meddelt foretaket. Ved vurderingen kan det imidlertid ses hen til tredjeparter, og herunder om tiltakene går for langt for

¹⁰⁷ Jf. C-441/07 P premiss 41.

disse, dersom dette er påberopt fra en tredjepart.¹⁰⁸ Dette var tilfellet i Alrosa-saken, hvor den innklagende parten Alrosa ikke ble hørt om at De Beers' tilsagn var uproporsjonale. Av Kommisjonens retningslinjer til best praktisering av forbudsbestemmelsen følger imidlertid at Kommisjonen kan se hen til om tilsagnene åpenbart går for langt, og at det i denne vurderingen kan ses hen til tredjepersoner.¹⁰⁹ Selv om retningslinjene henviser Kommisjonen til å ikke bare undersøke om tilsagnene er tilstrekkelige, men også om de åpenbart går lenger enn nødvendig, gir også Kommisjonens retningslinjer anvisning på en lempeligere proporsjonalitetsvurdering enn det som gjelder for artikkel 7.¹¹⁰

5.2.2.2 Hva ligger i proporsjonalitetskravet for krll § 12 tredje ledd, og hvordan forholder dette seg til det tilsvarende kravet i EU-retten og krll § 12 første ledd?

Etter § 12 tredje ledd fjerde punktum skal tilsynet vurdere om og begrunne hvorfor de tilbudte tiltakene er *«egnet til og nødvendige for å avhjelpe de konkurransemessige problemene»* som tilsynet har funnet. Kravet om at tiltakene skal være *«egnet»* fremgår altså her uttrykkelig av bestemmelsen. Nærmere innebærer egnethetskravet at konkurranseproblemet skal reduseres, men det stilles ikke krav om at problemet elimineres.¹¹¹

Vurderingen av om tiltakene er *«nødvendige»* knytter seg til at tiltakene foretakene foreslår må være *«tilstrekkelige»*, altså om de i tilstrekkelig grad avbøter på konkurranseproblemer.¹¹² Dette kan tale for at nødvendighetsvurderingen er annerledes enn når det treffes opphørsvedtak etter krll § 12 første ledd. Mens vurderingen i opphørsvedtak knytter seg til spørsmålet om pålegget går for langt for foretaket, er vurdereringen i tilsagnsvedtak rettet mer mot spørsmålet om tiltakene går langt nok, slik forholdet også er i EU-retten, jf. foregående avsnitt. I likhet med det som gjelder for tilsagnsvedtak i EU-retten kan proporsjona-

¹⁰⁸ C-441/07 P premiss 41.

¹⁰⁹ Europakommisjonen (2011) innledningsvis i punkt 4, premiss 115.

¹¹⁰ Det fremgår uttrykkelig av l.c. at Kommisjonen ikke er forpliktet til å vurdere tilsagnene opp mot virkemidlene det kunne benyttet ved opphørsvedtak, og dermed finne at tilsagnene går lenger enn nødvendig.

¹¹¹ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 143.

¹¹² NOU 2012:7 s. 188.

litetsvurderingen dermed være tosporet. Tiltakene kan enten gå for langt i forhold til tredjeparter, eller ikke langt nok for å avbøte på konkurransebekymringene. En annen likhet med proporsjonalitetskravet ved tilsagnsvedtak i EU-retten er at grunnlaget for vurderingen er de «bekymringer» konkurransemyndighetene har uttrykket overfor foretaket. Dette kan utledes ved lovbestemmelsen ved at vurderingen skal knyttes opp mot konkurranseproblemer som tilsynet har funnet ved den foreløpige vurderingen.¹¹³ Det stilles altså heller ikke her krav om å konstatere en skade på konkurransen.

Av forarbeidene til krrl § 12 tredje ledd fremgår imidlertid at tilsynet

*«skal foreta en selvstendig vurdering av om de foreslåtte tiltakene går lenger enn nødvendig, selv om tiltakene er frivillig foreslått fra foretaket.»*¹¹⁴

Dette kan tale for at proporsjonalitetsvurderingen for tilsagnsbestemmelsen skiller seg fra den i forordning 1/2003 artikkel 9. Mens sistnevnte begrenser proporsjonalitetskontrollen til å se hen til hvilke andre eventuelle tiltak foretakene har foreslått, skal norske konkurransemyndigheter selvstendig og på eget initiativ undersøke om det finnes andre proporsjonale og mindre byrdefulle tiltak. Proporsjonalitetsvurderingen er dermed ikke like lempelig i krrl § 12 tredje ledd som det som følger av praktiseringen av forordning 1/2003 artikkel 9. Således kan tilsynets praktisering av tilsagnsvedtak under krrl § 12 tredje ledd bli mindre ressursbesparende. Det kan også vises til at foretakene, som kjenner markedet best og som best kan forutse de økonomiske konsekvensene av et tiltak, har best forutsetninger til å utforme tilsagn som reelt sett kan etterleves og som vil kunne løse konkurranseproblemer.¹¹⁵

¹¹³ Jf. NOU 2012:7 s. 188 og Prop.75 L (2012-2013) s. 143.

¹¹⁴ Jf. Prop.75 L (2012-2013) s. 29, hvor departementet fulgte ønsket fra flere av høringsinstansene.

¹¹⁵ Jf. Prop.75 L (2012-2013) s. 27.

Av det siterte kan det utledes en til dels annen ulikhet med EU-retten. I motsetning til det som gjelder for Kommisjonen, stilles det for tilsynet et krav om å vurdere om tiltakene ikke bare er tilstrekkelige, men også om de går for langt for foretaket. Dette gjør vurderingen mer lik den i krrl § 12 første ledd. Også dette kan føre til at prosessen for den norske tilsagnsregelen blir mindre ressursbesparende sett opp mot opphørsvedtak og sammenlignet med det samme forholdet i EU-retten. Til gjengjeld vil bestemmelsen i større grad være egnet til å sikre partene rettssikkerhet. Foretaket, som anses som «den svake part» i forhandlingene med tilsynet, kan føle seg presset til å tilby mer omfattende tiltak enn det reelt sett er behov for i markedet. I tillegg er det mindre fare for at tilsagnene får karakter av konkurranseregulering, som Kongen må vedta ved forskrift med hjemmel i krrl § 14.¹¹⁶

5.2.2.3 En videre adgang til å gjøre strukturelle tiltak bindende

I krrl § 12 tredje ledd finnes ikke en særlig begrensning i å treffe vedtak om bindende strukturelle tiltak, som i bestemmelsens første ledd. Som nevnt under punkt 4.3.3.2 setter proporsjonalitetsprinsippet for opphørsvedtak så store skranker på adgangen til særlig å pålegge strukturelle tiltak at det bare unntaksvis vil være adgang til å gi slike pålegg. Av samme avsnitt fremgår det at strukturelle tiltak kan være mer effektive, særlig dersom det er et foretaks underliggende struktur som motiverer til den forbudte atferden. Dermed kan også strukturelle tiltak bidra til å løse konkurranseproblemet på permanent, eller i hvert fall på langsiktig, basis. I tillegg fører som nevnt pålegg om å utføre strukturelle tiltak til mindre behov for etterfølgende kontroll av at foretakene etterlever påleggene. Slik sett gir tilsagnsregelen et mer effektivt alternativ for å løse problemene i et marked.

Det har imidlertid vært diskutert i teorien hvorvidt strukturelle tiltak virkelig er mer effektive enn atferdsregulerende tiltak. Hjelmeng har uttalt at strukturelle tiltak kan sikre at markedet utsettes for konkurranse, men peker samtidig på at det ikke finnes entydig erfaring på at slike tiltak virkelig har evnet å skape gode konkurransepolitiske resultater.¹¹⁷ Larssen

¹¹⁶ Jf. Bryng (2013) s. 166 og Prop.75 L (2012-2013) s. 143.

¹¹⁷ Jf. Hjelmeng (2005).

diskuterer problemstillingen inngående.¹¹⁸ Hun viser til at strukturelle tiltak utvilsomt er sett på som et effektivt virkemiddel for fremtidig etterlevelse av forbudsbestemmelsene i USAs rettstradisjon, og at flere amerikanske dommer har godtatt strukturelle tiltak med begrunnelser om effektivitet.¹¹⁹ Imidlertid vises det også til at bruken av strukturelle tiltak i USA har falt drastisk ned de siste tiårene.¹²⁰ I tillegg fremgår det at den amerikanske økonomen Robert W. Crandall har funnet at strukturelle pålegg i ettertid bare har vist seg å ha økt konkurransen i én sak.¹²¹ Årsaken til manglende effektivitetsvirkninger er ifølge Crandall at myndighetene ikke har maktet å ligge forut for markedsutviklingen, slik at tiltakene er pålagt for sent, samt at myndighetene ikke har maktet å finne det sentrale konkurransebegrensende elementet i enkeltmarkedene.¹²² I tilsagnsvedtaket er imidlertid tiltakene utformet av foretakene selv, og dermed av partene som har dypest innsikt i markedet og i konsekvensene av tiltakene. Det kan derfor tenkes at strukturelle tiltak kan fungere mer effektivt for tilsagnsvedtak enn det som er tilfelle for amerikansk påleggskompetanse.

I tillegg vil det alminnelige kravet til forsvarlighet som kommer til uttrykk ved fvl § 17 gjelde. Konsekvensene av det strukturelle tiltak må utredes tilstrekkelig før de ved vedtak kan gjøres bindende.

Ifølge Hjelmeng har det innenfor EU tvert imot vært en økende bruk av strukturelle tiltak.¹²³ Virkemidlet er imidlertid mer velkjent i USA enn i EU, som fikk muligheten til å gi strukturelle pålegg gjennom forordning 1/2003, i kraft fra 1. mai 2004. I forarbeidene konkluderes det med at det i forbindelse med opphørsvedtak forelå et konkurransepolitisk be-

¹¹⁸ Jf. Larssen (2006) s. 206-209.

¹¹⁹ Larssen (2006) s. 206-207 med henvisning til *United States v. Crescent Amusements Co.*, 65 S.Ct. 254 og *United States v. Paramount Pictures* 85 F. Supp. 881, 895-897.

¹²⁰ Larssen (2006) s. 209.

¹²¹ Jf. Larssen (2006) s. 208 med henvisning til AT&T-saken.

¹²² Larssen (2006) s. 208.

¹²³ Jf. Hjelmeng (2011) s. 54.

hov for å innføre en regel som gir adgang til å pålegge strukturelle tiltak.¹²⁴ I denne sammenheng vises det i tillegg til det som allerede er sagt om at strukturelle tiltak kan være mer effektive hvor en omstrukturering er nødvendig for at foretaket skal ha mulighet til å etterleve forbudene, hvor det er foretakets struktur som ellers gir incitamenten til å handle i strid med forbudsbestemmelsene og hvor flere foretak har kryssende eierinteresser. Tiltakenes effektivitet vil etter dette variere med det aktuelle konkurranseproblemet.

Avhengig av den konkrete sakens natur, må det etter dette kunne legges til grunn at strukturelle tiltak *kan* være mer effektive. Det er også på det rene at det er en videre adgang til å gjøre strukturelle tiltak bindende etter krrl § 12 tredje ledd enn etter § 12 første ledd. Dette gjør at tilsagnsvedtak kan være et særlig effektivt virkemiddel for å legge til rette for konkurranse i markeder. Imidlertid bør det her vises til at forarbeidene gir retningslinjer om å være forsiktig ved anvendelsen av tilsagnsbestemmelsen, fordi foretakene kan føle seg forpliktet til å strekke seg lenger enn nødvendig.¹²⁵

6 Prosess

6.1 Prosedyren i forlikssaker

6.1.1 Hvordan ivaretas forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler i krrl § 12 tredje ledd?

Som nevnt må det være på det rene at lov- og ulovfestede forvaltningsrettslige saksbehandlingskrav får anvendelse på forliksprosedyren. Både utvalget og departementet har forutsatt at fvl § 17 *kan* sette begrensninger på anvendelsen av tilsagnsbestemmelsen.¹²⁶

¹²⁴ Jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) punkt 6.6.4 s. 70-71.

¹²⁵ Jf. NOU 2012:7 s. 34.

¹²⁶ NOU 2012:7 s. 35 og Prop.75 L (2012-2013) s. 29.

En problemstilling som må drøftes er om forvaltningsrettens saksbehandlingskrav, herunder særlig forsvarlighetskravet som kommer til uttrykk i fvl § 17, setter like store skranker for forliksprosedyren som ved benyttelse av påleggskompetansen.

Som nevnt er fvl § 17, med sitt skjønnsmessige vilkår, fleksibel og må tilpasses det enkelte rettsområde. I tillegg må hensynene til effektiv saksbehandling, forvaltningens ressurser, korrekt avgjørelse, interessen av en rask avklaring og rettssikkerhetsprinsippet veies opp mot hverandre.¹²⁷ Når formålet bak krrl er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv ressursbruk,¹²⁸ er målet for konkurransereglene effektiv bruk av samfunnets ressurser, også kalt allokeringseffektivitet.¹²⁹ Etter dette er konkurranseretten et område hvor effektivitet og allokering av ressurser er viktige hensyn. Det som allerede er nevnt om tilsynets manglende ressurser til å utrede saker det blir gjort oppmerksom på, illustrerer behovet for effektive og fleksible løsninger. Dette kan innebære at de konkurranserettslige virkemidlene med særlige effektivitetshensyn bør anvendes med større fleksibilitet i forvaltningsrettslig sammenheng enn øvrige virkemidler.

Utredningskravet må også ses i lys av at tiltakene er foreslått av foretakene selv.¹³⁰ Når det er partene som har tatt initiativ til sakens fremgang, tyder også dette på at utredningskravet modifiseres i forliksprosedyren.

Hvis det oppstilles et like strengt utredningskrav her som når det treffes opphørsvedtak vil tilsagnsbestemmelsen dessuten miste sin posisjon som en mer effektiv løsning. Utredningskravet må etter dette ses i lys av at formålet med bestemmelsen blant annet er å effektivisere håndhevingen av de materielle reglene.¹³¹

¹²⁷ NOU 2012:7 s. 35.

¹²⁸ Krrl § 1 første ledd.

¹²⁹ Jf. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 28.

¹³⁰ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 29.

¹³¹ Prop. 75 L (2012-2013) s. 27.

Det må være på det rene at utredningskravet ivaretas på en annen måte under forliksprosedyren enn hvor tilsynet benytter seg av påleggskompetansen. Under saksforberedelsen til et opphørsvedtak vil dermed vilkåret om at saken skal være «*så godt opplyst som mulig*», innebære et krav om at tilsynet har innsamlet tilstrekkelig informasjon til å finne en overtredelse sannsynliggjort. Under en forliksprosedyre kan imidlertid vilkåret innebære et krav om at tilsynet har samlet tilstrekkelig informasjon til forsvarlig å kunne vedta et tilsagnsvedtak, altså at tilsynet finner det godtgjort at tiltakene bøter på konkurransebekymringene som fremgår av den foreløpige vurderingen. Utredningskravet er etter dette lempeligere for tilsagnsvedtak.

Det samme kan nok tenkes for de øvrige saksbehandlingskravene i fvl, med de samme begrunnelser. I denne forbindelse bør det nevnes at både utvalget og departementet uttalte at det uansett må ses hen til rettssikkerhetsprinsippet.¹³² Hensynet til rettssikkerhet må altså vurderes opp mot måten saksbehandlingskravene ivaretas i forliksprosedyren.

Det neste som må drøftes er hvorvidt kravet om at en part skal varsles før vedtak treffes, jf. fvl § 16, får anvendelse på forliksprosedyren. Etter fvl § 16 første ledd skal en part, som ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken, forhåndsvarsles før vedtaket treffes, og gis en nærmere angitt frist til å uttale seg. Bestemmelsen bidrar til å sikre både kontradiksjons- og rettssikkerhetsprinsippene i forvaltningssaker. Unntak gjelder blant annet når parten på annen måte har fått kjennskap til at vedtaket skal treffes, og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg, jf. fvl § 16 tredje ledd c). Under en tilsagnssak vil parten som regel både hatt kjennskap til at vedtaket skal treffes og ha hatt mulighet til å uttale seg, ettersom det er foretaket selv som tilbyr de avhjelpende tiltak som vedtaket baserer seg på.

¹³² Jf. NOU 2012:7 s. 35 og Prop.75 L (2012-2013) s. 29.

Imidlertid er det i forarbeidene forutsatt at fvl § 16 gjelder også for tilsagnsvedtak.¹³³ Videre uttales det at varslingsplikten vil være ivaretatt ved dialogen mellom tilsynet og foretaket, samt ved at foretaket i stor grad medvirker til tilsagnsvedtaket. I en forliksprosedyre vil ikke tilsynet ha mulighet til å treffe vedtaket før foretaket har gitt tilsagnene. Således vil parten alltid til en viss grad ha uttalt seg i forkant av vedtaket.

Ut fra dette må det antas at det ikke stilles noen krav til forhåndsvarsling ut over den kommunikasjonen som foranlediger vedtaket etter § 12 tredje ledd.

6.1.2 Gangen i forlikssaker, med en løpende sammenligning med gangen i prosessen for «commitment decisions» i EU/EØS-retten

Gangen i forlikssaker bør også presenteres. Der det finnes relevant vil forliksprosessen sammenlignes med prosessen for «commitment decisions» i EU/EØS-retten.

1) Et konkurranseproblem kommer for dagen

I likhet med det som gjelder i EU/EØS-retten, igangsettes prosedyren i forlikssaker ved at konkurransemyndighetene blir oppmerksom på et konkurranseproblem, enten på egen hånd, eller ved klage fra enten en tredjepart eller et involvert foretak.

2) Innhente opplysninger. Sakens faktum utformes.

Både § 12 tredje ledd og dens forarbeider er nokså tause når det gjelder tilsagnsvedtakenes fremgangsmåte. En årsak til dette kan være at vedtaket kommer i stand etter en dialog med foretaket, og tilsagnene gis på varierende tidspunkt i prosessen. Etter at en konkurransebekymring er brakt for dagen, vil nok uansett det neste steget være at konkurransemyndighetene innhenter sakens faktum, hvilket er i tråd med fvl § 17. Som regel vil nok faktumet i begynnelsen bestå av generell informasjon om det aktuelle konkurranseproblemet og det

¹³³ Prop. 75 L (2012-2013) s. 29.

aktuelle markedet. På det tidspunktet saken imidlertid innsnevres til en etterforskning av et konkret foretak, vil dennes partsrettigheter ved enkeltvedtak inntre.¹³⁴ Konkurransemyndighetene kan be foretaket om å meddele relevant informasjon, og kan også ta seg inn på foretakets lokaler for å eksempelvis ta kopier av dokumenter.¹³⁵ Foretaket kan imidlertid før dette tidspunkt tilby avhjelpende tiltak, slik at forliksprosess igangsettes, og annen ensidig prosess fra konkurransemyndighetene eventuelt avsluttes.

3) Foreløpig vurdering

I forlikssaken vil det neste steget være at foretaket enten tilbyr avhjelpende tiltak, eller viser for tilsynet at det har interesse av å gi tilsagn, noe som kan innlede dialog om hvilke tiltak tilsynet finner det aktuelt å gjøre bindende. Deretter skal tilsynet foreta en «*vurdering*» av foretakets atferd.¹³⁶ Vurderingen av foretakets atferd og dens konkurransebegrensende virkninger er foreløpig.¹³⁷ I atferdsvurderingen vil de konkurransemessige bekymringene komme til uttrykk, og dermed danne grunnlaget for den senere proporsjonalitetsvurderingen. Ifølge forarbeidene stilles det krav om at tilsynet klart identifiserer og begrunner konkurranseproblemene.¹³⁸

Det kan stilles spørsmål til om «vurdering[en]» tilsvare EU-rettens «preliminary assessment», som er en forenklet «statement of objections». En «preliminary assessment» foretas bare i tilsagnssaker, mens «statement of objections» oversendes foretaket dersom Kommisjonen akter å treffe opphørsvedtak.¹³⁹ I likhet med atferdsvurderingen i norsk konkurranserett vil disse dokumentene identifisere konkurransebekymringene. Således vil også en «preliminary assessment» kunne danne grunnlaget for proporsjonalitetsvurderingen i artik-

¹³⁴ *Norsk konkurranserett Bind II: Prosess og sanksjoner* s. 88.

¹³⁵ Jf. krrl § 25.

¹³⁶ Krrl § 12 tredje ledd tredje punktum.

¹³⁷ Prop.75 L (2012-2013) s. 28.

¹³⁸ Prop.75 L (2012-2013) s. 29.

¹³⁹ Kerse (2012) s. 212, 4-047.

kel 9, noe som fremgår uttrykkelig av bestemmelsen. Det er altså store innholdsmessige likhetstrekk mellom atferdsvurderingen og «preliminary assessments». Videre er begge vurderingene foreløpige og innledende, og oppfordrer foretaket til å foreslå avhjelpende tiltak, dersom de ikke allerede har gjort dette.

Sakens geografiske virkeområde må i tillegg fastslås. Dette fremgår av krll § 5, som bestemmer at loven gjelder for vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning, eller er egnet til å få virkning, i riket. Etter dette må tilsynet ikke bare vurdere foretakets atferd, men også det geografiske området til atferdens potensielle konkurranseskadelige virkninger.

4) Markedstesting

Dersom Kommisjonen finner tilsagnene tilstrekkelige, skal det foretas en markedstesting av de foreslåtte tilsagnene før vedtaket treffes.¹⁴⁰ Kommisjonen publiserer et sammendrag av saken, slik at interesserte tredjeparter, eksempelvis klageren, innen minimum én måned kan kommentere tilsagnene.¹⁴¹ Dersom markedstesting gir uttrykk for at tiltakene ikke er adekvate, vil Kommisjonen gi foretaket anledning til å endre tilsagnene. Dette var tilfellet i den nevnte Google-saken.¹⁴² Tilsagnene Google i utgangspunktet tilbød, fikk i markedstesting negative tilbakemeldinger ved at de ble ansett utilstrekkelige. Som nevnt har Google nå fremmet nye avhjelpende tiltak som er under behandling for Kommisjonen. Anses tiltakene deretter tilstrekkelig tilfredsstillende, vil Kommisjonen kunne avslutte saken med et artikkel 9-vedtak, uten ytterligere markedstesting.¹⁴³ Uavhengig av Kommisjonen kan dermed også markedstesting bidra til å legge press på foretakene slik at de tilbyr mer vidtrekkende tiltak.

¹⁴⁰ Forordning 1/2003 artikkel 27 fjerde ledd.

¹⁴¹ Kerse (2012) s. 213, 4-048.

¹⁴² Jf. Europakommisjonen (2014b).

¹⁴³ Jf. Kerse (2012) s. 213, 4-048.

Verken krrl eller dens forarbeider stiller krav om markedstesting. Tilsynet kan altså treffe vedtak etter § 12 tredje ledd uten at interesserte tredjeparter gis anledning til å kommentere tiltakenes tilstrekkelighet.¹⁴⁴ Selv om det ikke foreligger noen lovpålagt plikt om markedstesting, har tilsynet en praksis for å høre relevante aktører der det finner det hensiktsmessig.¹⁴⁵ Departementet antok derfor at dette ville bli fulgt opp av tilsynet også i prosedyren etter § 12 tredje ledd.¹⁴⁶ At tilsynet kan vurdere om det er nødvendig og hensiktsmessig med en markedstesting i det konkrete tilfellet kan gjøre prosedyren mer fleksibel og ressursbesparende.

5) Retten til å bli hørt, mv.

Prosedyren for «commitment decisions» innebærer at parten har færre rettigheter sammenlignet med partens stilling der det treffes vedtak etter artikkel 7.¹⁴⁷ Dette vises særlig ved retten til å bli hørt, noe som har bakgrunn i prinsippet om kontradiksjon. Begrunnet i de særlige effektivitetshensynene som ligger bak artikkel 9 og § 12 tredje ledd, samt at foretakene under begge bestemmelser medvirker til vedtaket, gjelder dette også for prosedyren ved tilsagnsvedtak.¹⁴⁸ Dette innebærer at forliksprosedyren ikke er underlagt like strenge saksbehandlingskrav som prosedyren for opphørsvedtak.

6) Høring i rådgivende komité

I EU/EØS er det et krav at Kommisjonen hører med den rådgivende komitéen før det treffes vedtak etter blant annet artikkel 9.¹⁴⁹ I individuelle saker skal komitéen bestå av repre-

¹⁴⁴ At det ikke stilles krav om markedstesting ved tilsagnsvedtak fremgår uttrykkelig av Bryng (2013) s. 166.

¹⁴⁵ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 29.

¹⁴⁶ L.c.

¹⁴⁷ Jf. Kerse (2012) s. 188, 4-008.

¹⁴⁸ Jf. avhandlingens punkt 6.1.1.

¹⁴⁹ Forordning 1/2003 artikkel 14 første ledd.

sentanter fra konkurransemyndighetene til medlemslandene.¹⁵⁰ Kommisjonen skal sende innkalling til møtet, som dernest skal holdes tidligst 14 dager etter.¹⁵¹ Til innkallingen skal legges ved et sammendrag av saken, de viktigste saksdokumentene samt et utkast til vedtaket. Hva som anses som «de viktigste dokumentene» vil i denne sammenheng innebære eventuelle klager, brevet som initierer forliksprosedyre, «preliminary assessment» eller «statement of objections», samt foretakenes svarbrev.¹⁵² Deretter skal komitéen overrekke Kommisjonen en skriftlig mening rettet mot Kommisjonens utkast til vedtaket.

I tilsagnsprosedyren til krrl § 12 tredje ledd finnes ingen tilsvarende krav til høring. Konkurransesaker innenfor rekkevidden av EU/EØS, og som derfor er grenseoverskridende,¹⁵³ kan få virkninger på tvers av medlemslandene. Det er derfor mer naturlig med en høring i en rådgivende komité bestående av representanter fra medlemslandene enn det er ved saker som bare rammes av krrl, da disse sakers utfall i de fleste tilfeller kun vil påvirke norske markeder.

7) Endelig vedtak

Dersom tilsynet fatter tilsagnsvedtak, skal saken avsluttes.¹⁵⁴ Dette innebærer at granskingen av foretakets atferd opphører, og det vil ikke kunne føres bevis for at det foreligger brudd på krrl ved tilsagnsvedtakets faktum. Videre vil ikke tilsynet ha anledning til å fatte vedtak etter § 12 første ledd eller ilegge overtredelsesgebyr etter § 29 dersom foretaket handler i tråd med tilsagnene, og de øvrige vilkårene om omgjøring i § 12 fjerde ledd ikke er oppfylt. I likhet med det som gjelder innenfor EU innebærer ikke avslutningen at det

¹⁵⁰ Forordning 1/2003 artikkel 14 annet ledd.

¹⁵¹ Forordning 1/2003 artikkel 14 tredje ledd.

¹⁵² Kerse (2012) s. 298-299, 5-090.

¹⁵³ Jf. de materielle reglene i EØS-avtalen artikler 53 og 54 og TEUV artikler 101 og 102, hvor alle krever konkurranseskade på tvers av medlemsland.

¹⁵⁴ Krrl § 12 tredje ledd første punktum.

aldri forelå, eller fremdeles foreligger, brudd på forbudsreglene.¹⁵⁵ Etter dette er rettsvirkningene, i motsetning til ved uformelle forlik, klarlagt og på det rene ved tilsagnsvedtak. Når tilsagnene blir gjort bindende ved vedtak, blir partene dermed sikret rettslig forutsigbarhet.

Tilsagnsvedtaket kan også innebære oppnevning av forvalter. Krrl § 12 tredje ledd sjette punktum bestemmer at tilsynet kan oppnevne en forvalter til å bistå med gjennomføringen av tilsagnsvedtaket, dersom foretakene har foreslått dette. Spørsmålet om hvem som skal oppnevnes som forvalter løses av dialogen mellom partene og tilsynet.¹⁵⁶

Av krrl § 6 første ledd første punktum følger at enkeltvedtak normalt skal gjelde for et bestemt tidsrom, og herunder ikke mer enn fem år og aldri mer enn ti år. Annet punktum bestemmer videre at virkningstiden bør fremgå av vedtaket. Når tilsagnsvedtak kvalifiseres som «enkeltvedtak» vil denne regelen sette skranker for hvor lenge vedtaket varer. Det fremgår imidlertid av § 6 annet ledd at bestemmelsen ikke er til hinder for at vedtaket fornyes. At bestemmelsen setter begrensninger for virkningstiden til tilsagnsvedtak fremgår også av forarbeidene.¹⁵⁷

6.2 Klageadgang

Etter § 12 tredje ledd siste punktum kan partene påklage tilsagnsvedtaket til departementet. Denne løsningen avviker fra gjeldende EU/EØS-rett, hvor det ikke er oppnevnt et eget klageorgan for artikkel 9-saker, men sakene heller bringes direkte inn for EU-domstolen. Under dette punktet vil det derfor være nødvendig å se nærmere på departementets kompetanse i klagesaken.

¹⁵⁵ Europakommisjonen (2011) punkt 4, premiss 117.

¹⁵⁶ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 30.

¹⁵⁷ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 28 i.f.

Ifølge fvl § 34 annet ledd kan klageinstansen prøve «alle sider» av saken, og ta stilling til eventuelle nye omstendigheter. Etter alminnelig forvaltningsrett er altså utgangspunktet at klageorganet ikke er bundet av klagens omfang, begrunnelse eller påstander.¹⁵⁸ Videre har klageinstansen kompetanse til å prøve alle slags feil, herunder om underinstansen ikke hadde personell kompetanse til å treffe vedtaket, eksempelvis at saksbehandleren var inhabil, om det foreligger saksbehandlingsfeil og om vedtaket har innholdsmessige mangler. Et eksempel på saksbehandlingsfeil er at saken ikke var godt nok utredet i tråd med fvl § 17. Dersom klager har påberopt at det foreligger materielle feil ved det innklagede vedtak, kan klageinstansen prøve om vedtaket er bygget på feil faktisk grunnlag for avgjørelsen, eller om underinstansen har gjort feil i rettsanvendelsen eller i skjønnsutøvelsen.¹⁵⁹ Etter fvl § 34 siste ledd kan klageorganet treffe nytt vedtak eller oppheve underinstansens avgjørelse og sende saken tilbake til ny eller delvis ny behandling. Klageorganet har altså kompetanse til å treffe ny og enten strengere eller mildere realitetsavgjørelse. Bestemmelsene i fvl gjelder imidlertid ikke dersom annet er bestemt i annen lov, jf. fvl § 1 første punktum.

Etter krrl § 12 tredje ledd siste punktum har departementet kompetanse til enten å «oppheve eller stadfeste» tilsynets vedtak. Kompetansen i klagesaksbehandlingen er altså begrenset, da departementet er avskåret fra å treffe ny realitetsavgjørelse. I forarbeidene¹⁶⁰ anså departementet det som tilsynets oppgave å bestemme den videre fremgang der klagen fører frem. Der klagen oppheves vil foretaket ha mulighet til å vurdere om det vil fremme nye avbøtende tiltak, og tilsynet kan på sin side vurdere om det vil prioritere videre utredning av saken eller om det skal innlede nye forhandlinger med foretaket.¹⁶¹ Virkningene av at vedtaket stadfestes av departementet er at rettstilstanden til de berørte blir stående uendret.¹⁶²

¹⁵⁸ Graver (2007) s. 536.

¹⁵⁹ Graver (2007) s. 518.

¹⁶⁰ Prop.75 L (2012-2013) s. 31.

¹⁶¹ Prop.75 L (2012-2013) s. 32.

¹⁶² L.c.

Departementet har kompetanse til å prøve alle klagegrunner.¹⁶³ Altså kan både eventuelle materielle og prosessuelle feil føre til at vedtaket anses ugyldig.

Klage fra en av partene kan fremstå som lite praktisk, da vedtaket er utformet etter en forhandlingsprosess dem imellom. Når tilsynet ikke er pålagt å godta de tilbudte avhjelpende tiltakene, kan foretaket være interessert i å påklage avslaget. Foretakene er imidlertid avskåret fra å fremsette klage om dette.¹⁶⁴ Klageadgang har både direkte berørte parter, altså de vedtaket retter seg mot, og tredjeparter med rettslig interesse. Det kan dermed tenkes at det vil være aktuelt at berørte tredjeparter klager inn et tilsagnsvedtak for departementet med påstand om at vedtaket ikke går langt nok i å avbøte på konkurranseproblemer, eller at tiltakene går for langt ved at tredjeparten berøres uproporsjonalt mye. Imidlertid antok departementet at det med begrunnelse i avgjørelsen i Alrosa skal mye til for at et vedtak anses som såpass urimelig for tredjeparter at det må settes til side.¹⁶⁵

Det kan reises spørsmål om partene kan påklage et tilsagnsvedtak fordi de mener det ikke foreligger noen overtredelse av de materielle reglene. Krrl § 12 tredje ledd siste punktum oppstiller ingen begrensninger på hvilke grunnlag det kan fremsettes klage om. Et foretak kan derfor i utgangspunktet fremsette klage om at det aldri handlet i strid med forbudsbestemmelsene.

Et argument mot adgang til dette er foretakenes medvirkning til tilsagnsvedtaket. Det ville stride mot effektivitetshensynene som ligger bak tilsagnsbestemmelsen å behandle en slik klage fra parten som selv tok valget å initiere til vedtaket og dets innhold. En åpning for behandling av slike klager ville dessuten mest sannsynlig ført til at svært mange foretak i etterkant av tilsagnsvedtaket fremmet klage om at det aldri forelå noen overtredelse. Det

¹⁶³ Prop.75 L (2012-2013) s. 31.

¹⁶⁴ Prop.75 L (2012-2013) s. 21.

¹⁶⁵ Prop.75 L (2012-2013) s. 31.

minnes her om at departementet bare har kompetanse til å stadfeste eller oppheve vedtaket. Klageorganet har altså ikke mulighet til å foreta en ny og mindre gunstig realitetsavgjørelse.

Det kan nok ikke innfortolkes begrensninger i klagegrunnlagene. Foretakene er ikke avskåret fra å fremme klager om at det aldri forelå noen overtredelse. Imidlertid vil nok departementet være tilbakeholdne med å gå inn på overtredelsesvurderingen så lenge tilsagnene tilfredsstiller skadehypotesen som tilsynet har formulert.

Av forarbeidene følger det at krrl § 12 tredje ledd utgjør rammen for klagebehandlingen, herunder den begrensede utredningsplikten, at foretakene har medvirket til vedtaket og at tilsynet skal ha stor frihet til å prioritere saker.¹⁶⁶ Tilsynet skal ha stor frihet til å vurdere ressursbruk og alvorlighet i sakene, noe som bør belyses ved klagebehandlingen. En klageadgang til departementet uten at saken må bringes til domstolene, som for partene vil være atskillig mer kostbart, kan styrke partenes rettssikkerhetsgarantier.

Tilsagnsvedtaket og dets etterspill kan imidlertid bli mer tidkrevende når departementet har kompetanse til å prøve tilsynets vedtak. Når klageadgangen ses i lys av at det er foretakene, med sin særlige innsikt i markedet, normalt har utformet og tilpasset tiltakene etter egne kommersielle interesser, kan det virke lite praktisk og hensiktsmessig med en mulighet til omkamp i departementet. At departementet også kan prøve om tiltakene går for langt,¹⁶⁷ kan forsterke foretakenes interesse i å benytte seg av klageadgangen. Som nevnt er ikke Kommisjonen forpliktet til å vurdere om tilsagnene går for langt før vedtaket treffes. Sett i sammenheng med at det i EU heller ikke finnes klagemuligheter for partene i et tilsagnsvedtak, foruten muligheten til å bringe saken inn for EU-domstolen, kan den norske løsningen virke mer tidkrevende og mindre ressursbesparende. Dette kan svekke tilsagnskompetansens rolle som en mer effektiv løsning.

¹⁶⁶ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 31.

¹⁶⁷ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 31.

6.3 Omgjøring

Med hjemmel i § 12 fjerde ledd kan tilsynet på eget initiativ eller på anmodning omgjøre et tilsagnsvedtak. Tilsynet kan omgjøre vedtaket dersom:

- «a) faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket, endrer seg,*
- b) foretakene handler i strid med vedtaket, eller*
- c) vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene.»*

Bestemmelsen er i tråd med forordning 1/2003 og ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 annet ledd, og skal tolkes og praktiseres i samsvar med denne.¹⁶⁸ Dersom noen av vilkårene er til stede, kan altså tilsynet gjenåpne saken og undersøke videre om det er adgang til å treffe vedtak etter § 12 første ledd.

Ifølge fvl § 35 siste ledd gjelder ikke begrensningene i omgjøringsadgangen i bestemmelsen for øvrig dersom særskilt lov regulerer omgjøringen. Tilsynet kan altså fritt omgjøre tilsagnsvedtak til skade for partene, dersom krrl § 12 fjerde ledd er oppfylt. Omgjøringsadgangen er slik sett mindre begrenset enn etter alminnelig forvaltningsrett ved at omgjøring kan skje til partens ulempe samtidig som det treffes av det samme organet som fattet vedtaket i første omgang.

Bestemmelsen oppklarer de nevnte uklarhetene rundt hvilke rettsvirkninger uformelle forlik får. I tillegg til at krrl § 12 tredje ledd uttrykkelig bestemmer at tilsynet ikke skal gå videre med saken etter første ledd eller § 29 hvis tilsagnene overholdes, fremgår altså av fjerde ledd når tilsynet har adgang til å gå bort fra forliket. I motsetning til det som er tilfellet for uformelle forlik, er det altså på det rene for tilsagnsvedtak når fremtidig forvaltningsmyndighet er bundet, og når det kan gjenåpne saken. At det er klarhet rundt rettsvirkningene kan gjøre muligheten til å tilby avhjelpende tiltak mer attraktiv for foretakene.

¹⁶⁸ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 144.

7 Avsluttende bemerkninger

Den nye krrl § 12 tredje ledd skiller seg fra den EU-rettslige tilsagnsbestemmelsen på to punkter. For det første tolkes proporsjonalitetsprinsippet mer på lik måte som for opphørsvedtak. For det andre er klagesystemet mer omfattende etter norsk rett ved at foretaket har muligheter til omkamp i departementet.

Etter sin art skiller tilsagnsvedtak seg også fra opphørsvedtak i forvaltningsrettslig sammenheng. De alminnelige forvaltningsrettslige prinsippers betydning virker begrenset ved anvendelsen av § 12 tredje ledd, sammenlignet med bruken av den mer tradisjonelle vedtakskompetansen etter første ledd. Når saksbehandlingen er forkortet og forenklet sammenlignet med prosessen for opphørsvedtak, kan anvendelse av tilsagnsbestemmelsen raskere gjenopprette konkurransen på markedet. Sett i sammenheng med at proporsjonalitetsprinsippet til en viss grad er mildere enn det i opphørsvedtak, kan også konkurransen gjenopprettes på en mer langsiktig og effektiv måte.

Hittil har det ikke vært mange saker som har utpekt seg som kandidater til å avsluttes ved tilsagn. Imidlertid er den nevnte saken om forlagene og Bladcentralen et mulig eksempel. Uansett knytter det seg spenning til hvordan dette nye instituttet vil bli anvendt i norsk rett. Tiden vil vise om fraværet av uformelle forlik har gitt uttrykk for et manglende reelt behov for å godta tilsagn fra foretak, eller om den nye tilsagnsbestemmelsen nettopp viser seg å dekke et behov samtidig som tilsynets ressurser frigjøres og allokeres på flere typer markeder.

8 Litteraturliste

Bøker

Bernt, Jan Fridthjof. *Avtaler med stat og kommune*. Bergen, 1981.

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 8. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer 2009 (Sitert fra rettsdata.no).

Frihagen, Arvid. *Avtaler med forvaltningsmyndighetene*. Oslo, 1977.

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo, 2007.

Hjelmeng, Erling. *Bindende tilsagn i konkurransesaker – forordning 1 art. 9 og relevansen for konkurranseloven*. Bergen, 2011. (Working paper (Samfunns- og næringslivsforskning) ; nr. 13).

Kerse, Christopher og Nicholas Khan. *Kerse & Khan on EU antitrust procedure*. 6. utg. London, 2012.

Misbruk av dominerende stilling. Redigert av Kolstad, Olav. Oslo, 2007.

Norsk konkurranserett Bind II: Prosess og sanksjoner. Graver, Hans Petter ... [et al.]. Oslo, 2006.

Artikler

Bryng, Per Kristian. *Mer effektiv konkurranselov?* I: Tidsskrift for forretningsjus (2013), s. 129-197 (Sitert fra rettsdata.no).

Gravklev, Bente Rognan og Espen Rusdal. *Storforlagene tatt på senga.* I: Dagsavisen. 9. april 2014 (Sitert fra atekst.no).

Hagen, Anders W., Stig Tore Laugen og Karl-R. Strømmen. *Reitan varslet tilsynet.* I: Dagens Næringsliv. 10. april 2014 (Sitert fra atekst.no).

Larssen, Birgitte Bie. *Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser.* I: Lov og rett (2006), s. 195-218 (Sitert fra idunn.no).

Europakommisjonen. *To commit or not to commit? Deciding between prohibition and commitments.* I: Competition policy brief. 3. utgave (2014).
(Sitert fra http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/003_en.pdf)

Hjelmeng, Erling. *Fingrene av fatet!* I: Dagens Næringsliv. 25. februar 2005.

Nettsider

Bakke, Lisa Dyremyhr. *Truer med å stoppe bokavtalen* (2014).
<http://www.nrk.no/kultur/truer-med-a-stoppe-bokavtalen-1.11660153> [besøkt 15.04.2014]

Europakommisjonen. *Commission notice on best practises for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU Text with EEA relevance.* (2011)
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011XC1020(02))
[besøkt 17.04.2014]

Europakommisjonen. *Antitrust Manual of Procedures* (2012).

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

[besøkt 17.04.2014]

Europakommisjonen. *Statement on the Google investigation* (2014a).

http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm [besøkt 14.03.2014]

Europakommisjonen. *Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals* (2014b).

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm [besøkt 14.03.2014]

Konkurransetilsynet. *ACNielsen Norge AS – konkurranseloven § 10 – avtale om avvikling av ukentlig prisrapportering mv. – avslutning av saksbehandling* (2007).

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/426670/ACNIELSEN.PDF> [besøkt 20.02.2014]

Konkurransetilsynet. *Avgjørelse A2013-2 – Comfort-kjeden AS m.fl. – konkurranseloven § 12 tredje ledd, jf. § 10 – avslag på anmodning om å gripe inn* (2013).

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_6096/cf_5/Avgj-relse_A2013-2_-_Comfort-kjeden_AS_m-fl.PDF [besøkt 24.02.2014]

Konkurransetilsynet. *Bevissikring avsluttet* (2014).

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Konkurransetilsynetgjennomforerbbevissikring/> [besøkt 15.04.2014]

9 Saksregister

Avgjørelser for Norges Høyesterett

Rt. 1992 s. 1235 *Lofoten Trålerederi*

Avgjørelser for EU-domstolen

Sak C-441/07 P *Europakommisjonen mot Alrosa Company Ltd*

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62007CJ0441> [besøkt 07.04.14]

Avgjørelser for Førsteinstansdomstolen

Sak T-170/07 *Alrosa Company Ltd mot Europakommisjonen*

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62399&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=139629> [besøkt 07.04.14]

Avgjørelser for utenlandske domstoler

65 S.Ct. 254 (1944) *United States mot Crescent Amusements Co. et al.*

http://scholar.google.no/scholar_case?case=10833345938586263266&q=65+S.Ct.+254+&hl=en&as_sdt=2006 [besøkt 22.04.14]

85 F.Supp. 881 (1949) *United States mot Paramount Pictures*

http://scholar.google.no/scholar_case?case=11443963614768874056&q=85+F.+Supp.+881&hl=en&as_sdt=2006 [besøkt 22.04.14]

552 F.Supp. 131 (1982) *United States mot AT & T*

http://scholar.google.com/scholar_case?case=12093892347857939076&q=552+F.+Supp.+131&hl=en&as_sdt=2002 [besøkt 22.04.14]

Konkurransetilsynets vedtak

Avgjørelse A2013-2 *Comfort-kjeden AS m.fl.* (2013)

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/vedtak-og-uttalelser/vedtak-og-avgjorelser/avslag-pa-anmodning-om-a-gripe-inn-mot-comfort-kjeden-as-designkupp-as-og-villeroy--boch-norge-as/?hl=comfort-kjeden> [besøkt 24.02.14]

Konkurransetilsynets uttalelser

ACNielsen Norge AS (Brev av 17. april 2007)

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/426670/ACNIELSEN.PDF> [besøkt 20.04.14]

Europakommisjonens vedtak

Sak COMP/38381 *De Beers* (22. februar 2006)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:205:0024:0025:EN:PDF> [besøkt 7.04.14]

Sak COMP/39315 *ENI* (29. september 2010)

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf [besøkt 14.03.14]

Sak COMP/39398 *Visa MIF* (8. desember 2010)

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_6930_6.pdf [besøkt 14.03]

Sak COMP/39740 *Google* (endelig vedtak foreligger ikke)